

**DO SENTIDO CORPÓREO OU
INCORPÓREO DO OBJECTO DA
EMPREITADA**

Gonçalo Gregório Samões de Sousa



Gonçalo Gregório Samões de Sousa

Número de aluno 30800

**DO SENTIDO CORPÓREO
OU INCORPÓREO DO
OBJECTO DA
EMPREITADA**

Dissertação de Mestrado em Solicitadoria conducente ao Grau de Mestre

Trabalho realizado sob a orientação da Professora Doutora Maria João Mimoso
Ferreira Baptista

Junho de 2020

*Dedico esta dissertação à
minha Mãe e aos meus Avós.*

Agradecimentos

À Professora Doutora Maria João Mimoso pela sua orientação a este trabalho.

Aos Professores que me acompanharam nesta casa, ao longo da licenciatura e do mestrado.

À minha família, aos amigos e aos colegas com quem troquei opiniões a respeito da problemática em debate.

Obrigado.

Gonçalo Gregório Samões

Nota: A presente dissertação encontra-se redigida de acordo com as regras do antigo acordo ortográfico.

*“Todo o argumento permite
sempre a discussão de duas
teses contrárias, inclusive este
de que a tese favorável e
contrária são igualmente
defensáveis”*

Protágoras Século V a.C.

Resumo

Perante a definição legal de empreitada do nosso Código Civil, muitas têm sido as dúvidas quanto à abrangência do objecto deste contrato. Sendo que, a maioria dessas incertezas diz respeito à inclusão ou afastamento das obras intelectuais do âmbito da empreitada. Pois bem, para conseguirmos averiguar a respeito do sentido corpóreo ou incorpóreo do objecto da empreitada visitamos várias decisões jurisprudenciais. Pelo que, esta visita, abrangeu, embora não só, o célebre acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, onde foram partes litigantes a Rádio e Televisão de Portugal e uma empresa de produção, distribuição e exibição de audiovisuais. Desta feita, este acórdão tornou-se basilar para o nosso estudo não só por ter sido o facto impulsionador de todo este problema, como, de igual forma, pelas bases doutrinárias que dele advieram. Sendo assim, já que nos referimos à doutrina, procuramos ainda perceber as várias opiniões doutrinárias, nomeadamente as vertentes ampla e restrita do conceito de obra.

No entanto, o nosso estudo não se ficou por aqui. Com efeito, dentro do tema principal, atentamos ainda ao debate relativo ao regime legal aplicável aos contratos cujo objecto seja uma obra intelectual. Por fim, realizamos ainda uma breve alusão aos programas informáticos como obra intelectual.

Pois bem, perante tudo isto fomos comentando ao longo do trabalho as várias problemáticas que se levantavam. Além disso, apresentamos igualmente as nossas conclusões, onde, de entre as quais, apontamos que a nossa jurisprudência maioritária tende a optar por um conceito de obra em sentido corpóreo e que a resolução do quesito principal deve passar por uma análise caso a caso.

Abstract

In view of the legal definition of *empreitada* (works contract) in the Portuguese Civil Code, there have been many doubts as to the scope of the purpose of this contract. This is because most of these uncertainties are related to the inclusion or removal of intellectual works from the scope of the works contract. We considered various court decisions so as to be able to understand the material or immaterial meaning of the object of the works contract. As such, this consultation covered, although not exclusively, the famous judgment of the Supreme Court of Justice, where the litigating parties were *Rádio e Televisão de Portugal* and an audiovisual production, distribution and exhibition company. Having undertaken this, this judgment became the focal point of our study, not only because it was the driving factor for this whole problem, but also due to the doctrinal tenets which resulted from it. Therefore, since we refer to doctrine, we will also try to understand the various doctrinal opinions, particularly the broad and restricted aspects of the concept of work.

However, our study did not stop there. In fact, within the main topic, we also consider the debate regarding the legal regime applicable to contracts where the object is intellectual work. Finally, we also make a brief allusion to computer programs as intellectual work.

Throughout the study, we comment on the various issues that arose. In addition, we also present our conclusions, among which, we point out that our case-law mainly tends to opt for a concept of work in the material sense and that the resolution of the main question must be carried out on a case-by-case analysis.

Índice

Abreviaturas	IX
Introdução	1
Alguns vestígios históricos da empreitada.....	3
Direito comparado.....	5
DA NOÇÃO DE OBRA NO DIREITO PORTUGUÊS.....	7
Os sujeitos e as prestações principais da empreitada.....	7
Breve introdução aos conceitos de obra.....	9
O acórdão do STJ de 3 de Novembro de 1983.....	10
Conceito amplo.....	11
Conceito restrito.....	13
Entendimento do tribunal.....	15
Comentário ao entendimento do tribunal.....	16
Comentário final	17
DA REGULAMENTAÇÃO LEGAL APLICÁVEL AOS CONTRATOS POR INTERMÉDIO DOS QUAIS ALGUÉM SE OBRIGUE A REALIZAR UMA OBRA INTELECTUAL	19
Análise doutrinal relativa ao direito de autor.....	21
Considerações gerais sobre o direito de autor	22
A tese da primazia do direito de autor	25
A tese do afastamento do direito de autor enquanto regulamentação primária do processo causal.....	28
Análise doutrinal relativa à harmonização das normas da empreitada.....	30
Generalidades sobre a empreitada	31
Da possibilidade de compatibilização das normas da empreitada	38
Impossibilidade de harmonização	42
Os nossos comentários	43
PROGRAMAS INFORMÁTICOS	45
CONCLUSÕES.....	47
Referências bibliográficas	51

Abreviaturas

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*;

CC – Código Civil;

CCbr – Código Civil brasileiro;

CCesp – Código Civil Espanhol;

CCit – *Codice Civile*;

CDADC – Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos;

Cf. – conforme, comparar, confrontar;

CH – Código de Hamurábj;

ed – edição;

Idem, Ibidem – mesmo autor, mesma obra;

op.cit., - obra citada;

p – Página;

passim – em diversas páginas;

pp – páginas;

RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência;

ROA – Revista da Ordem dos Advogados;

RTP – Rádio e Televisão de Portugal;

STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa;

V. – ver;

Vol – volume;

Introdução

O contrato de empreitada assume uma posição de elevada importância no nosso mundo jurídico. Com efeito, é muito comum que se celebre e, além disso, são por todos nós conhecidos os eventuais litígios que pode originar. Desta feita, importa desde já destacar que o presente trabalho versará as empreitadas de direito privado cujo regime se encontra estabelecido nos artigos 1207º a 1230º CC.

Sendo assim, a começar a análise pelo primeiro daqueles artigos, verificamos que a empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço. Sendo que, o artigo 1155º CC inclui ainda a empreitada no conjunto de modalidades do contrato de prestação de serviço.

Pois bem, têm sido levantadas algumas questões a respeito do alcance da expressão certa obra contida naquele artigo. Pelo que, como veremos, há quem defenda que a empreitada se destina unicamente à realização de coisas corpóreas e, por outro lado, há quem pugne pela inclusão das obras intelectuais neste conceito. Por conseguinte, balizamos, desde já, a possibilidade de inclusão das obras intelectuais no eventual objecto da empreitada e o regime aplicável a este tipo de criações como os dois grandes pontos a observar neste estudo. Sendo assim, para conseguirmos averiguar a respeito destas duas temáticas principais, atentaremos aos pensamentos doutrinários e a algumas decisões jurisprudenciais que versem sobre esta matéria. Neste âmbito, procuraremos apontar um eventual sentido da nossa doutrina e jurisprudência quanto ao conceito de obra. Por outro lado, mediante o mesmo método doutrinário e jurisprudencial, cumprir-nos-á ainda averiguar a respeito das normas que regem este tipo de contratos em que está em causa a realização de uma obra intelectual. Sendo que, na esteira do dito relativamente ao conceito de obra, também aqui encontraremos duas teses antagónicas. Assim, por um lado teremos uma tese que defende a aplicação primária do direito de autor e, por outro lado, uma tese que rejeita essa aplicação, pugnando, por sua vez, pela harmonização das normas da empreitada com a criação de uma obra intelectual. Finalmente, aquando das nossas conclusões e considerações finais, revelaremos os nossos pensamentos sobre todos estes pontos que acabamos de elencar. No entanto, antes do mais, convém que visitemos não só os vestígios históricos

da empreitada, como, de igual forma, que atentemos às noções deste contrato nos ordenamentos jurídicos de outros países.

Alguns vestígios históricos da empreitada

Pretendemos iniciar este ponto com uma alusão ao Código de Hamurábi. Pois bem, apesar de se discutir se estes escritos são efectivamente um complexo normativo ou, por outra via, uma obra literária¹, certo é que neles podemos encontrar alguns vestígios históricos a respeito do objecto de um eventual contrato de empreitada. Assim, neste âmbito, os parágrafos 228 a 240 CH regulavam os direitos e obrigações dos pedreiros e dos construtores navais². Desta feita, mediante o previsto nos parágrafos 228 a 233 CH, conseguimos perceber que a profissão de pedreiro estava direccionada para a construção de casas³. Por outra via, se atentarmos ao que determinavam os parágrafos 234 e 235 CH, verificamos que a actividade de construtor naval estava muito marcada pelo acto de calafetar um barco⁴. Além disso, os parágrafos 228 e 234 CH previam a retribuição pelos trabalhos realizados na profissão de pedreiro e de construtor naval, respectivamente. Assim, o parágrafo 228 CH impunha o pagamento de dezasseis gramas de prata por cada trinta e seis metros de casa construída⁵ e o parágrafo 234 CH determinava a retribuição de dezasseis gramas de prata pelo acto de calafetar um barco de dezoito toneladas⁶.

Por outro lado, convém ainda que atentemos ao direito romano. Assim, no direito romano, a empreitada constituía uma das modalidades da *locatio-conductio*⁷. Pelo que, esta *locatio-conductio* era um contrato consensual por intermédio do qual alguém se obrigava perante outrem a proporcionar-lhe o gozo temporário de uma coisa ou a prestar determinado serviço ou a realizar uma obra, mediante o pagamento de uma *merces* enquanto retribuição⁸. Por conseguinte, podemos agora destacar que este

¹ V. Bouzon, E. (2003). *O código de hamurabi: Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. Petrópolis: Vozes, pp. 24-29.

² Cf. Idem, ibidem, p. 30.

³ Cf. Idem, ibidem, pp. 193-196.

⁴ Cf. Idem, ibidem, pp. 196-197.

⁵ Cf. Idem, ibidem, pp. 193-194.

⁶ Cf. Idem, ibidem, pp. 196-197, nota (806).

⁷ Cf. Leitão, L.M. (2018). *Direito das obrigações: Contratos em especial*. Coimbra: Almedina, p. 497.; Martinez, P.R. (2017). *Direito das obrigações (parte especial) contratos: Compra e venda locação empreitada*. Coimbra: Almedina, pp. 346-347.

⁸ Cf. Justo, A.S. (2018). *Manual de direito privado romano*. Lisboa: Petrony, p. 180.

contrato se desdobrava na *locatio conductio rei*, que tinha por objecto a locação de uma coisa, na *locatio conductio operarum*, que correspondia à locação de trabalho e na *locatio conductio operis*, relativa à locação de obra e de onde acabou por emergir o contrato de empreitada⁹. Desta feita, a *locatio conductio operis*, era a locação em que o locador se obrigava a entregar uma coisa ao locatário para este realizar a obra acordada no prazo fixado, mediante o pagamento da tal *merces*, enquanto retribuição¹⁰. Relativamente ao objecto desta *locatio conductio operis*, há quem mencione que ela servia para a construção de casas, de canais ou de navios¹¹. No entanto, encontramos igualmente referências de que este contrato poderia operar não só para a construção ou reparação de edifícios, como, de igual forma, para a pavimentação ou manutenção de estradas, fabrico de anéis, transporte de pessoas ou coisas, lavagem e remendagem de roupa ou fabrico de vestuário¹². Por outra via, há quem destaque o direito romano como motivo pelo qual se gerou a discussão em torno no conceito de obra¹³. Assim, constata-se que, à época, o pensamento filosófico e a mentalidade social romana consideravam as actividades manuais, que eram susceptíveis de *locatio-conductio*¹⁴ como desprezíveis¹⁵. Desta feita, aponta-se que foi da intenção dos romanos que o contrato regulador daquele tipo de actividades, não viesse igualmente a abranger as artes liberais e intelectuais¹⁶ que eram consideradas honrosas e nobres¹⁷.

⁹ Cf. Martinez, P.R. (2017), *op. cit.*, pp. 346.347.; Justo, A.S. (2018), *op. cit.*, pp. 180-181.

¹⁰ Cf. Justo, A.S. (2018), *op. cit.*, pp. 183-184.

¹¹ Cf. Martinez, P.R. (2017), *op. cit.*, p. 348.

¹² Cf. Justo, A.S. (2017). *Manual de contratos civis: Vertentes romana e portuguesa*. Lisboa: Petrony, p. 461, nota (2277).

¹³ Cf. Albuquerque, P. e Raimundo, A.M. (2019). *Direito das obrigações: contratos em especial: Contrato de empreitada*. Coimbra: Almedina, p. 153.

¹⁴ Cf. Idem, *ibidem*, p. 41.

¹⁵ Cf. Idem, *ibidem*, p. 153.

¹⁶ Cf. Idem, *ibidem*, p. 153.

¹⁷ Cf. Idem, *ibidem*, p. 156.

Direito comparado

Começamos, nesta nossa visita pelo direito comparado, a atentar aos ordenamentos jurídicos italiano e alemão. Assim, relativamente ao primeiro, o artigo 1655º CCit, diz-nos que a empreitada, *appalto*, é o contrato através do qual uma das partes assume, mediante a organização dos meios necessários e com a gestão por sua conta e risco, a realização de uma obra ou de um serviço, contra um corresponsivo em dinheiro¹⁸. Além disso, ainda no âmbito do ordenamento jurídico italiano, no artigo 2222º CCit, encontra-se previsto o contrato de obra¹⁹. Por conseguinte, de acordo com aquele artigo, o *contratto d'opera* ocorre quando uma pessoa se obriga, contra corresponsivo, a realizar uma obra ou um serviço, com trabalho predominantemente seu e sem vínculo de subordinação para com o comitente²⁰. Desta feita, a diferença entre o estipulado nestes dois artigos está no facto de no primeiro caso se exigir uma organização empresarial²¹. Sendo que, na segunda situação estar-se-á perante actividades artesanais²².

Por outra via, no direito alemão, de acordo com a primeira parte do parágrafo 631 BGB, o empreiteiro fica obrigado à realização da obra prometida e o comitente ao pagamento da remuneração acordada²³. Por conseguinte, a segunda parte do mesmo parágrafo acrescenta ainda que tanto pode ser objecto da empreitada a realização ou modificação de uma coisa como qualquer outro resultado a produzir pelo trabalho ou prestação de serviço²⁴. Dito isto, é altura de concluir que perante estes dispositivos legais, vigentes no direito italiano e no alemão tem-se considerado que, nestes países,

¹⁸ Cf. Artigo 1655º CCit.; Albuquerque, P. e Raimundo, A.M. (2019), *op.cit.*, p. 154.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 325.

¹⁹ Cf. Albuquerque, P. e Raimundo, A.M. (2019), *op.cit.*, p. 154.

²⁰ Cf. Artigo 2222º CCit.; Albuquerque, P. e Raimundo, A.M. (2019), *op.cit.*, p. 154.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 325.

²¹ Cf. Albuquerque, P. e Raimundo, A.M. (2019), *op.cit.*, p. 154, nota (641).

²² Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 325.

²³ Cf. Primeira parte do parágrafo 631 do BGB; Albuquerque, P. e Raimundo, A.M. (2019), *op.cit.*, p. 154.

²⁴ Cf. Segunda parte do parágrafo 631 do BGB; Albuquerque, P e Raimundo, A.M (2019), *op.cit.*, p. 154.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 388.

a empreitada pode ter no seu objecto não só a realização de uma coisa corpórea, como, de igual forma, a realização de uma coisa incorpórea, tal como uma obra intelectual²⁵.

No espaço jurídico espanhol, o artigo 1544º CCesp estabelece que a empreitada, *arredamiento de obras o servicios*, é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a executar uma obra ou a prestar à outra um serviço por um determinado preço²⁶. Desta feita, perante o previsto naquele artigo, em Espanha, entende-se que este negócio jurídico pode ter obras de índole imaterial no seu objecto²⁷.

Finalmente, no ordenamento jurídico brasileiro, a empreitada aparece regulada nos artigos 610º a 626º CCbr. Assim, no artigo 610º CCbr, determina-se que o empreiteiro de uma obra pode para ela contribuir só com o seu trabalho ou com ele e com os materiais²⁸. Pois bem, perante a mera referência a empreiteiro de uma obra, no Brasil, tem sido considerado que a empreitada pode abranger as obras corpóreas e incorpóreas²⁹.

²⁵ V. Albuquerque, P. e Raimundo, A.M. (2019), *op.cit.*, p. 155.; Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, pp. 505-506, nota (1066); Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 388.; Correia, A.F. e Mesquita, M.H. (Abril de 1985). Anotação. *ROA*, I(45), 136-137.

²⁶ Cf. Artigo 1544º CCesp.

²⁷ V. Correia, A.F. e Mesquita, M.H. (Abril de 1985), *op.cit.*, 138-139.

²⁸ Cf. Artigo 610º CCbr.

²⁹ V. Pereira, B.J. (Julho de 1994). Do conceito de obra no contrato de empreitada. *ROA*, II(54), 579.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 386.; Correia, A.F. e Mesquita, M.H. (Abril de 1985), *op.cit.*, 139-140.

DA NOÇÃO DE OBRA NO DIREITO PORTUGUÊS

Até aqui, vimos um pouco do panorama histórico e contemporâneo do conceito de obra, objecto de empreitada. Sendo que, tal abordagem permitiu-nos perceber o que alguns países ou povos entendem ou entendiam quanto à temática em questão. Desta feita, a partir deste momento, focaremos o estudo no nosso país, dedicando a nossa análise não só ao âmbito do contrato de empreitada, como, de igual forma, à observação do contrato mediante o qual as partes acordam a realização de uma obra intelectual. Pelo que, antes do mais, pretendemos aqui deixar a semântica da palavra obra. Assim, esta palavra, deriva no termo em latim *opera*, *-ae*. Desta feita, tanto pode significar o produto de um agente, como, de igual forma, uma produção intelectual, a manifestação de sentimentos, um edifício em construção, uma compostura ou conserto, ou qualquer trabalho³⁰. No entanto, em primeiro lugar, convém que, por um lado, abordemos os sujeitos e as prestações principais do contrato de empreitada³¹ e, por outro, façamos uma pequena introdução aos conceitos de obra presentes na doutrina nacional.

Os sujeitos e as prestações principais da empreitada

No contrato de empreitada, os sujeitos contraentes designam-se por empreiteiro e dono da obra³². Além disso, convém aqui deixarmos que por vezes nos referiremos àquele último como comitente. Ora bem, a característica sinalagmática deste contrato acaba por provocar o surgimento de obrigações recíprocas para ambos os sujeitos³³. Desta feita, resulta ainda do artigo 1208º CC que o empreiteiro deve realizar a obra em conformidade com o convencionado e sem vícios que excluam ou reduzam o valor dela, ou a sua aptidão para o uso ordinário previsto no contrato³⁴. Sendo assim, podemos desde já constatar dois pontos. O primeiro dos quais é que o contrato de empreitada

³⁰ Priberam. (2008). *Dicionário priberam da língua portuguesa*. Obtido em 13 de Junho de 2020, de <https://dicionario.priberam.org/obra>.

³¹ Sem prejuízo de mais adiante destacarmos outras particularidades da empreitada.

³² Cf. Lima, P. e Varela, A. (1997). *Código Civil anotado*. 4ªed. (Vol. II). Coimbra: Coimbra Editora, p. 867.

³³ Cf. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 504.

³⁴ Cf. Artigo 1208º CC.

deve ser pontualmente cumprido, conforme resulta aliás do princípio estabelecido no artigo 406º nº1 CC³⁵. Por outro lado, concluímos igualmente que o contrato de empreitada deve ser cumprido de boa-fé, em concordância, portanto, com o preceituado no artigo 762º nº2 CC³⁶. Pelo que, a boa-fé no cumprimento do contrato de empreitada implica que o empreiteiro respeite as regras da arte da sua profissão³⁷. Além disso, deste princípio da boa-fé resulta ainda que o empreiteiro deve avisar o dono da obra dos eventuais defeitos que o plano convencionado possa incluir³⁸. Sendo assim, o principal direito do comitente é a aquisição e recepção da obra³⁹. Por conseguinte, o dever principal do empreiteiro consiste na realização da obra, objecto da empreitada⁴⁰.

Por outro lado, o pagamento do preço corresponde ao principal dever do dono da obra⁴¹. Pelo que, conseqüentemente, a recepção do preço acaba por ser o principal direito do empreiteiro⁴². Sendo assim, o artigo 1211º nº1 CC estabelece que à determinação do preço é aplicável o regime previsto no artigo 883º CC⁴³. Por conseguinte, caso as partes não tenham convencionado relativamente ao preço, aquele artigo, com as necessárias adaptações, determina que vale como preço contratual o que o empreiteiro normalmente praticar à data da conclusão do contrato⁴⁴. Sendo que, caso se torne impossível a aplicação desta regra, o preço pode vir a ser determinado pelo tribunal, segundo juízos de equidade⁴⁵. Além disto, o nº2 do artigo 1211º CC diz-nos ainda que na falta de cláusula ou uso em contrário, o preço deve ser pago no acto de aceitação da obra⁴⁶. No entanto, o preço da empreitada é normalmente fixado até ao momento de celebração do negócio jurídico⁴⁷. Por conseguinte, a doutrina acaba por destacar uma série de modalidades de fixação do preço, nomeadamente o preço global,

³⁵ Cf. Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 380.

³⁶ Cf. Idem, *ibidem*, p. 380.

³⁷ Cf. Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, pp. 864 e 868.

³⁸ Cf. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 521.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 380.

³⁹ Cf. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 510.

⁴⁰ Cf. Idem, *ibidem*, p. 521.

⁴¹ Cf. Idem, *ibidem*, p. 511.

⁴² Cf. Idem, *ibidem*, p. 518.

⁴³ Cf. Artigo 1211º nº1 CC.

⁴⁴ Cf. Artigo 1211º nº1 CC e 883º nº1 CC.

⁴⁵ Cf. Artigo 883º nº1 CC.

⁴⁶ Cf. Artigo 1211º nº2 CC.

⁴⁷ Cf. Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 395.

o preço por artigo, o preço por tempo de trabalho e o preço por percentagem⁴⁸. Por fim, resta-nos apenas referir que o preço deve ser determinado em dinheiro⁴⁹. No entanto, nada obsta que, por exemplo, alguém ceda determinado terreno em troca de um imóvel que o adquirente promete construir. Sendo assim, a ocorrerem este tipo de convenções, estar-se-á perante um contrato misto, naquele caso de empreitada e permuta, já que ambas as partes ficam adstritas à prestação típica de contratos diferentes⁵⁰. Pelo que, no que respeita à realização de uma obra, vigorará o regime legal da empreitada⁵¹.

Breve introdução aos conceitos de obra

Já vimos que o artigo 1207º CC define a empreitada como o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço⁵². Ora bem, perante esta noção há quem defenda que por realização de uma obra deve entender-se não só a construção ou criação, como a reparação, a modificação ou a demolição de uma coisa⁵³. Pelo que, acrescenta-se ainda que na realização de uma obra aquilo que não se deve prescindir é de um resultado material⁵⁴. Sendo assim, para este raciocínio, seriam possíveis objecto de empreitada, a construção de um edifício, de um barco ou de um andar, a terraplanagem de uma zona, a abertura de um poço ou a dragagem de um porto⁵⁵. Pois bem, este será o conceito restrito de obra.

Por outra via, há quem veja o conceito de obra com mais amplitude. Desta feita, para esta ideia, o objecto da empreitada pode ser constituído por uma obra material ou por uma obra intelectual⁵⁶. Sendo assim, a empreitada acabaria por servir não só para a construção de uma casa, para a abertura de uma vala ou para desmatar um terreno,

⁴⁸ V. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, pp. 511- 513.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, pp. 395-398.; Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, p. 874.; Albuquerque, P. e Raimundo, A.M (2019), *op.cit.*, pp. 183-191.

⁴⁹ Cf. Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, p. 874.

⁵⁰ Cf. Albuquerque, P. e Raimundo, A.M. (2019), *op.cit.*, pp. 182-183; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 394.

⁵¹ Cf. Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 394.

⁵² Cf. Artigo 1207º CC.

⁵³ Cf. Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, p. 865.

⁵⁴ Cf. Idem, *ibidem*, p. 865.

⁵⁵ Cf. Idem, *ibidem*, p. 864.

⁵⁶ Cf. Correia, A.F. e Mesquita, M.H. (Abril de 1985), *op.cit.*, 136.

mas também para elaborar um projecto de arquitectura, para traduzir uma obra literária, para escrever um argumento de um filme ou para compor uma obra musical⁵⁷. Por conseguinte, este será o conceito amplo de obra.

Dito isto, é agora altura de partirmos para a análise do facto impulsionador da discórdia em torno do conceito de obra no nosso país. Falamos, portanto, do acórdão do STJ de 3 de Novembro de 1983⁵⁸.

O acórdão do STJ de 3 de Novembro de 1983

Pois bem, entre nós, a problemática questão aqui em debate teve origem no célebre acórdão do STJ de 3 de Novembro de 1983⁵⁹. Sendo assim, no cerne do referido acórdão esteve um contrato celebrado entre a RTP e a FILMFORM, em que esta última se obrigou a produzir e a realizar para a primeira uma série de doze programas televisivos, mediante o pagamento de uma certa quantia em nove prestações⁶⁰. Em termos mais concretos, esta série de doze programas de televisão tinha enquanto sustento a obra de quatro escritores portugueses, dividindo-se, portanto, em quatro grupos de três programas, sendo cada um desses programas constituído por uma introdução aos escritores, bem como, por uma história cómica e outra dramática de sua autoria⁶¹. Ora bem, perante isto, desde já avançamos que o STJ foi perentório a admitir a índole intelectual da produção e realização dos doze programas de televisão⁶². Além disso, convém que aqui deixemos o estipulado nas cláusulas terceira e décima primeira do contrato. Assim, determinavam aquelas cláusulas que a RTP, não só forneceria à FILMFORM películas de imagem e som, como, de igual forma, procuraria assegurar as credenciais necessárias para as filmagens do programa⁶³. Por fim, a cláusula décima

⁵⁷ Cf. Idem, *ibidem*, p. 136.

⁵⁸ STJ. (Abril de 1985). *Empreitada – Objecto - produção de filmes resolução do contrato e seus efeitos*. *ROA*, I(45), 114-127.

⁵⁹ Idem, *ibidem*, 114-127.

⁶⁰ Cf. Idem, *ibidem*, *passim*.

⁶¹ Cf. Correia, A.F. e Mesquita, M.H. (Abril de 1985), *op.cit.*, 131; STJ. (Abril de 1985), *op.cit.*, 117.

⁶² Cf. STJ. (Abril de 1985), *op.cit.*, 120.

⁶³ Cf. Idem, *ibidem*, 117-118.

primeira do contrato estabelecia ainda que a RTP deveria devolver as bobinas de fita de arrasto e os negativos de imagem após a conclusão dos programas⁶⁴.

Dito isto, e antes de prosseguirmos, importa ressaltar que a nossa análise a este caso focar-se-á na discussão em torno da qualificação jurídica do contrato celebrado entre a RTP e a FILMFORM. Sendo que, desde já balizamos como linhas orientadoras deste estudo, aqueles dois conceitos de obra a que já tivemos oportunidade de nos referir sucintamente. Assim, de seguida, explicaremos num primeiro momento, os argumentos formulados em ambos os conceitos. Depois, com esta matéria em mente, veremos a forma como os apoiantes de cada um destes conceitos qualificaria o contrato celebrado entre a RTP e a FILMFORM. Além disso, visitaremos e comentaremos ainda o entendimento do tribunal quanto à qualificação do contrato. Por fim, apresentaremos a nossa crítica a toda a matéria analisada nestes pontos.

Conceito amplo

Já *supra* tivemos oportunidade de introduzir este conceito amplo. Pelo que, veremos agora os argumentos de quem o defende. Assim, começamos por destacar o facto de se constatar que a letra do artigo 1207º CC, ao não especificar o tipo de obras passíveis de ser objecto de empreitada, acaba por permitir que o âmbito deste contrato abarque não só as obras materiais, como, de igual forma, as obras intelectuais⁶⁵. Além disso, advoga-se ser suficiente a interpretação literal daquele artigo, nomeadamente da expressão realizar certa obra nele contida, para que se considerem abrangidos pelo objecto da empreitada todos os tipos de obra⁶⁶. Pois, quer a semântica daquela expressão⁶⁷, quer o sentido que lhe é empregue nas legislações de outros países⁶⁸, indicam exatamente isso⁶⁹. Recorre-se ainda a outros dois fundamentos, um histórico e outro de ordem sistemática. Começamos pelo histórico. Aqui, após se compararem as noções de empreitada do Código Civil vigente e do texto da segunda revisão ministerial

⁶⁴ Cf. *Idem*, *ibidem*, 120.

⁶⁵ Cf. Correia, A.F. e Mesquita, M.H. (Abril de 1985), *op.cit.*, 136.

⁶⁶ Cf. *Idem*, *ibidem*, 140.

⁶⁷ V. p. 6 do presente trabalho.

⁶⁸ V. pp. 4-5 do presente trabalho.

⁶⁹ Cf. Correia, A.F. e Mesquita, M.H. (Abril de 1985), *op.cit.*, 140.; Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 581.

do anteprojecto do mesmo complexo normativo, deduz-se que enquanto a palavra coisa presente na noção deste anteprojecto obrigaria a que o objecto da empreitada se materializasse em algo, com a expressão obra presente na noção actual já não é assim, tendo, portanto, sido da intenção do legislador alargar o campo acção do contrato de empreitada⁷⁰. Por sua vez, no fundamento de ordem sistemática começa-se por atentar ao facto de a empreitada ser uma das modalidades do contrato de prestação de serviço⁷¹. Ora, com tal ideia em mente, acaba por se inferir que se a noção legal de prestação de serviço compreende o resultado de uma actividade intelectual, então, a empreitada, como uma das sub-espécies daquele contrato, inclui igualmente no seu âmbito o trabalho intelectual⁷². Partindo-se, deste modo, do pressuposto de que as características do contrato geral se espalham por todas as suas modalidades⁷³.

Chegados aqui, estamos agora em condições de mencionar que para esta tese do conceito amplo de obra, o negócio jurídico celebrado entre a RTP e a FILMFORM retratava uma verdadeira situação de empreitada⁷⁴. Pois bem, para se chegar a tal conclusão, constata-se que o sinalagma fundamental da empreitada estava presente naquele contrato⁷⁵. Falamos, portanto, do binómio realização de uma obra, mediante um preço, ao qual corresponderiam, respectivamente, a produção e realização dos doze programas, contra o pagamento das nove prestações⁷⁶. Já *supra* abordámos esta particularidade sinalagmática do contrato de empreitada⁷⁷. No entanto, note-se que aquela aceção só é possível porque este conceito amplo admite a inclusão das obras intelectuais, como a do caso em apreço, no âmbito da empreitada. Além do mais, relativamente ao elemento realização de uma obra, aplicado ao caso em apreço,

⁷⁰ Cf. Correia, A.F. e Mesquita, M.H. (Abril de 1985), *op.cit.*, 140.; Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 581.

⁷¹ Cf. Correia, A.F. e Mesquita, M.H. (Abril de 1985), *op.cit.*, 141.; Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 581.

⁷² Cf. Correia, A.F. e Mesquita, M.H. (Abril de 1985), *op.cit.*, 141.; Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 581.

⁷³ Cf. Correia, A.F. e Mesquita, M.H. (Abril de 1985), *op.cit.*, 141.; Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 581.

⁷⁴ V. Correia, A.F. e Mesquita, M.H. (Abril de 1985), *op.cit.*, 143.; Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 582.

⁷⁵ V. Correia, A.F. e Mesquita, M.H. (Abril de 1985), *op.cit.*, 143.

⁷⁶ V. Correia, A.F. e Mesquita, M.H. (Abril de 1985), *op.cit.*, 143.

⁷⁷ V. p. 8-9 do presente trabalho.

aponta-se ainda uma outra ideia de elevada importância para a análise que aqui efectuamos. Queremo-nos então referir ao facto de se considerar que a circunstância de a FILMFORM ter ficado obrigada a gravar os programas em elementos materiais, tais como os filmes e as fitas magnéticas, acaba por conceder um certo resultado material à prestação da produtora⁷⁸.

Conceito restrito

Pois bem, já *supra* tivemos oportunidade de apresentar este conceito restrito de obra. Sendo assim, importa agora que vejamos as justificações de quem o adopta. Desta feita, começamos por salientar a circunstância de se notar que o direito italiano teve influência na construção do título do Código Civil onde a empreitada se encontra regulada⁷⁹. No entanto, constata-se igualmente que as noções de empreitada destes dois espaços jurídicos apresentam uma diferença bastante significativa⁸⁰. Porquanto, mediante a sua comparação, infere-se que a empreitada em Itália abrange a realização de uma obra ou de um serviço ao passo que em Portugal compreende somente a realização de uma obra⁸¹. Por tal, acaba por se concluir que no nosso ordenamento jurídico só podem receber a qualificação de empreitada os contratos que tenham por objecto a realização de uma obra⁸². Neste seguimento, defende-se que a realização de uma obra enquanto objecto do contrato de empreitada tem de conduzir imprescindivelmente a um resultado material⁸³. Pois, é para isso que apontam quer o significado corrente, quer o significado jurídico da palavra obra⁸⁴. Paralelamente a esta aceção, constata-se que a obra, objecto de empreitada, deve passar a ser propriedade do respectivo dono, caso já não o fosse antes da celebração do contrato⁸⁵. Além disso, atenta-se às regras previstas em sede do direito de autor⁸⁶, de onde se conclui que deve ser permitida ao autor a recusa de entrega da obra intelectual quando esta não o reflecta

⁷⁸ Cf. Correia, A.F. e Mesquita, M.H. (Abril de 1985), *op.cit.*, 143-144.

⁷⁹ Cf. Varela, A. (Abril de 1985). Parecer. *ROA*, I(45), 168.

⁸⁰ Cf. Idem, *ibidem*, 168-169.

⁸¹ Cf. Varela, A. (Abril de 1985), *op.cit.*, 169.

⁸² Cf. Idem, *ibidem*, 169.

⁸³ Cf. Idem, *ibidem*, 169.

⁸⁴ Cf. Idem, *ibidem*, 169-170.

⁸⁵ Cf. Idem, *ibidem*, 170.

⁸⁶ Adiante analisaremos com mais pormenor a temática do direito de autor.

enquanto criador⁸⁷. Ora, sendo assim, infere-se que a aceitação da obra intelectual como objecto possível do contrato de empreitada, provocaria, na realidade, o desaparecimento daquele direito do autor em recusar a entrega da obra⁸⁸. Pois, como o regime da empreitada, mais concretamente o previsto no artigo 1229º CC, só concede o direito de desistência ao dono da obra, o autor, ou digamos o eventual empreiteiro que realizaria a obra intelectual, acabava por perder a tal faculdade de recusa da entrega⁸⁹. Na mesma linha de pensamento apontamos ainda que se defende a diferenciação da obra intelectual e da coisa corpórea mediante a qual ela se exterioriza⁹⁰. Deste modo, considera-se que o facto de existir um suporte corpóreo nas obras intelectuais apenas serve para fixar e comunicar a obra ao público, não significando, portanto, a sua transformação em obra corpórea e material⁹¹. Pois bem, adiante, esta ideia merecerá uma atenção mais pormenorizada.

Perante tudo isto, podemos desde já constatar que os apoiantes deste conceito restrito de obra optam por descartar a qualificação de empreitada para o contrato celebrado entre a RTP e a FILMFORM⁹². Sendo assim, vejamos as razões que justificam este entendimento. Neste ponto, destacamos como primeira das quais, a essencialidade do resultado material de que há pouco falámos. Com efeito, assinala-se que o contrato aqui em apreço não tinha no seu objecto uma obra da qual proviesse um resultado material, mas sim, uma obra incorpórea, tal como se passa, por exemplo, num contrato de publicação ou de edição⁹³. Ora, relativamente a este contrato, defende-se que o objecto está no traçado intelectual da obra e não nos exemplares que lhe dão corpo⁹⁴. Desta feita, conclui-se que o objecto do contrato celebrado entre a RTP e a FILMFORM seria a prestação intelectual desta produtora, totalmente inconfundível, aliás, com as

⁸⁷ Cf. Silva, C.J. (Abril de 1987). Anotação. *ROA, I*(47), 133 ss.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p.391.

⁸⁸ Cf. Idem, *ibidem*, 134.

⁸⁹ Cf. Silva, C.J. (Abril de 1987), *op.cit.*, 134.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 391.

⁹⁰ Cf. Varela, A. (Abril de 1985), *op.cit.*, 167.; Silva, C.J (Abril de 1987), *op.cit.*, 138.; Leitão, L.M. (2018). *op.cit.*, p.505, nota (1065).; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 391.

⁹¹ Cf. Silva, C.J. (Abril de 1987), *op.cit.*, 138-140.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, 391.

⁹² V. Varela, A. (Abril de 1985), *op.cit.*, 171-172.; Silva, C.J. (Abril de 1987), *op.cit.*, 139-143.

⁹³ Cf. Varela, A. (Abril de 1985), *op.cit.*, 170-171.

⁹⁴ Cf. Idem, *ibidem*, 170.

fitas que dariam corpo aos episódios da série⁹⁵. Temos aqui, desta forma representado, aquele princípio de que a obra incorpórea não se torna corpórea porque se materializa num suporte físico. Associadamente a esta ideia, indica-se ainda que o direito de autoria ou de propriedade moral não se transmitira para a RTP continuando, portanto, a pertencer ao criador dos programas⁹⁶. Pois, a FILMFORM ficou contratualmente adstrita a ceder à RTP o direito de exploração económica dos programas e não o direito de autoria ou de propriedade⁹⁷. Sendo assim, isto iria contra aquela ideia de que o objecto da empreitada deve passar a pertencer ao dono da obra, caso ainda não pertencesse antes do contrato. Finalmente, conclui-se que o contrato celebrado entre a RTP e a FILMFORM deveria ser qualificado como inominado⁹⁸.

Entendimento do tribunal

Pois bem, como já dissemos, o STJ não hesitou em qualificar como obra intelectual a prestação a que a FILMFORM se tinha obrigado. No entanto, logo de seguida, o mesmo STJ considerou que os elementos materiais previstos nas cláusulas terceira e décima primeira do contrato acabavam por conceder algo de material à prestação da FILMFORM⁹⁹. Apontado isto, o tribunal passou a averiguar se esta materialidade que havia encontrado bastaria para integrar a prestação da FILMFORM no âmbito da empreitada. Aqui, salientou-se como primeira ideia, a necessidade de existir na obra, objecto de empreitada, uma coisa, algo de corpóreo¹⁰⁰. Depois, tendo em vista o preenchimento deste requisito, acabou por se considerar a corporização da prestação da FILMFORM em elementos materiais, tais como os filmes ou as fitas, como coisa, já que coisa, à luz do artigo 202º CC, é tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas¹⁰¹. Pelo que, harmonizou-se, deste modo, a produção e realização dos doze programas com os tais ditames da obra, objecto de empreitada. Por tudo isto, e apesar de se admitir que a componente intelectual do caso em litígio seria superior

⁹⁵ Cf. Idem, *ibidem*, 167-171.

⁹⁶ Cf. Idem, *ibidem*, 171-172.

⁹⁷ Cf. Idem, *ibidem*, 172.

⁹⁸ Cf. Idem, *ibidem*, 171.

⁹⁹ Cf. STJ. (Abril de 1985), *op.cit.*, 120.

¹⁰⁰ Cf. Idem, *ibidem*, 120.

¹⁰¹ Cf. Idem, *ibidem*, 120.

quando comparada à de outras situações de empreitada, a existência da tal índole material bastaria para se incluir a prestação da FILMFORM na noção de obra do artigo 1207º CC¹⁰². Relativamente aos direitos autorais, atentou-se ao artigo 8º nº3 do Decreto-lei 46/980¹⁰³, onde se encontrava preceituado que o facto de a obra ser feita por encomenda não exclui o direito de criador¹⁰⁴. Por conseguinte, para o STJ, a encomenda dos tais doze programas deveria ser tida como empreitada, sendo essa, portanto, a qualificação a empregar ao contrato e não a de inominado¹⁰⁵.

Comentário ao entendimento do tribunal

Como observámos, o STJ apresentou enquanto ideia fundamental, a essencialidade corpórea da obra, objecto de empreitada. Ora bem, tal circunstância, percebida à luz de tudo aquilo que até aqui vimos poderia significar um apoio ao conceito restrito e, conseqüentemente, o afastamento da produção e realização dos doze programas, enquanto prestação intelectual, do âmbito de um possível contrato de empreitada. Porém, na esteira do que igualmente estudámos, os partidários do conceito amplo defendem a existência desse mesmo resultado material no *corpus mechanicum* da obra intelectual. Assim, parece-nos, ter-se o STJ apoiado exactamente neste argumento a fim de integrar a prestação intelectual da FILMFORM no conceito de obra previsto no artigo 1207º CC. Pois, o tribunal acaba por encontrar nos elementos materiais corporizadores dos programas de televisão, tais como os filmes e as fitas, a tal necessidade material da obra, objecto de empreitada. Deste modo, podemos ainda deduzir que para o STJ, o *corpus mechanicum* de uma obra intelectual acaba por materializá-la, tornando, por conseguinte, possível a sua inclusão no objecto de um contrato de empreitada.

¹⁰² Cf. Idem, ibidem, 120.

¹⁰³ Cf. Decreto-lei nº 46/980 de 27 de Abril. Diário do Governo nº 99/1966 – Série I. Lisboa: Ministério da Educação Nacional. Obtido em 15 de Junho de 2020, de <https://dre.tretas.org/dre/57811/decreto-lei-46980-de-27-de-abril>.

¹⁰⁴ Cf. STJ. (Abril de 1985), *op.cit.*, 120.

¹⁰⁵ Cf. Idem, ibidem, 121.

Comentário final

Relativamente ao conceito amplo de obra pretendemos começar por destacar que a adopção deste raciocínio permite a aproximação de duas realidades que efectivamente podem apresentar semelhanças entre si. Falamos, portanto, do contrato por intermédio do qual alguém se obriga a realizar uma obra intelectual e de um contrato que tenha como objecto a realização de uma obra em sentido material. Sendo assim, ao admitir-se a possibilidade de qualificar aquele primeiro contrato como empreitada está-se, na realidade, a conceder-lhe um verdadeiro enquadramento jurídico. Além disso, é ainda de notar que a existir alguma semelhança entre negócios jurídicos, ela teria de passar pela afinidade entre o contrato pelo qual alguém se obriga a realizar uma obra corpórea e o contrato em que alguém fica adstrito à obrigação de realizar uma obra intelectual, incorpórea. No entanto, por outra via, já podemos criticar, como vimos que há quem o faça, aquela ideia de que a obra intelectual ao se materializar em algo corpóreo acaba por preencher uma eventual necessidade física do objecto da empreitada. Com efeito, há quem aponte que a obra intelectual e o seu suporte são coisas distintas. Assim, ao passo que a obra intelectual é o objecto do direito de autor¹⁰⁶, o seu suporte material funciona apenas como *corpus mechanicum*, servindo para a fixar e comunicar¹⁰⁷. Pelo que, daqui resulta que quando todos nós adquirimos um suporte material de uma obra intelectual, como por exemplo um livro, na realidade estamos a adquirir um direito de propriedade sobre esse exemplar e não quaisquer direitos de autor que continuam, aliás, a pertencer ao criador¹⁰⁸. Desta feita, pode assim concluir-se que a obra intelectual, independentemente do seu suporte material, continua, como tal, a ser uma coisa incorpórea¹⁰⁹. Sendo que, esta ideia adequa-se igualmente ao entendimento do tribunal que, aderindo a um conceito de obra em sentido material acabou por encontrar essa materialização nos tais filmes e fitas.

No que ao conceito restrito de obra diz respeito, pretendemos destacar a preocupação com os direitos pessoais de autor, nomeadamente com o direito em

¹⁰⁶ Adiante veremos isto com mais pormenor.

¹⁰⁷ Cf. Silva, C.J. (Abril de 1987), *op.cit.*, 138.; Leitão, L.M. (2018). *Direito de autor*. Coimbra: Almedina, p. 73.

¹⁰⁸ Cf. Leitão, L.M. (2018). *Direito de Autor...*, *op.cit.*, pp. 73-76.

¹⁰⁹ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 76.

recusar a entrega da obra. Com efeito, como adiante veremos, esta questão do direito de autor, no âmbito do nosso trabalho, acaba por assumir alguma relevância. Por outra via, relativamente ao caso concreto salienta-se que a FILMFORM cedeu à RTP o direito de exploração económica da obra e não o direito de autor ou a propriedade moral, o que iria contra os trâmites da empreitada, onde o comitente passa a ser proprietário do objecto do contrato. Pois bem, quanto a isto, temos a apontar que no âmbito de um contrato de encomenda de obra intelectual, como nos parece ser o celebrado entre a RTP e a FILMFORM¹¹⁰, as partes podem convencionar no sentido de o direito de autor ser atribuído ao comitente, conforme nos explica o artigo 14º CDADC¹¹¹. Além disto, é, porém, ainda de apontar que a adesão ao conceito de obra em sentido material pode conduzir à aplicação das regras do mandato¹¹². Por conseguinte, numa situação em que estejam em causa defeitos de um projecto de arquitectura, tal circunstância acaba por se traduzir na aplicação do prazo geral de prescrição de vinte anos¹¹³, o que pode vir a ser insustentável¹¹⁴. Pelo que, nesta hipótese, as normas da empreitada poderão tornar-se na solução mais adequada para o problema. Porém, adiante veremos com mais pormenor esta ideia.

¹¹⁰ V. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 505.

¹¹¹ V. Leitão, L.M. (2018). *Direito de Autor...*, *op.cit.*, pp. 106-159.

¹¹² V. STJ. (Julho de 2006). Processo 061434. Obtido em 19 de Junho de 2020, de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8200cc9e8efd994e802571af0052be70?OpenDocument>; TRL. (Abril de 2009). Processo 530/06.=TVLSB.L1-1. Obtido em 19 de Junho de 2020, de <http://www.gde.mj.pt/jtrl.NSF/33182fc732316039802565fa00497eec/f388bf72aac3e40e802575b3004b863c?OpenDocument>.

¹¹³ V. STJ. (Novembro de 2013). Processo 4498/04.OTVPRT.P1.S1. Obtido em 19 de Junho de 2020, de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/56ede1f7cf0065c380257c1b003451bc>. STJ. (Dezembro de 2016). Processo 492/10.OTBPTL.G2.S1. Obtido em 19 de Junho de 2020, de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/E94B83B1E4A081EE802580890060D46A>.

¹¹⁴ V. Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 391-392.

DA REGULAMENTAÇÃO LEGAL APLICÁVEL AOS CONTRATOS POR INTERMÉDIO DOS QUAIS ALGUÉM SE OBRIGUE A REALIZAR UMA OBRA INTELECTUAL

Antes do mais, convém traçar uma linha orientadora do estudo que aqui realizaremos. Assim, num primeiro momento, atentaremos ao acórdão do STJ de 24 de Abril de 2012¹¹⁵, onde se apreciaram algumas questões decorrentes de um contrato de arquitectura. De seguida, procuraremos algumas respostas na doutrina nacional para as problemáticas que o STJ tiver ajuizado. Por fim, teceremos alguns comentários relativamente ao quesito em debate.

Pois bem, no acórdão do STJ de 24 de Abril de 2012¹¹⁶, as partes litigantes haviam celebrado um contrato, do qual constava como objecto a elaboração de um estudo prévio, de um projecto base e de um projecto de arquitectura, todos eles destinados ao reordenamento e valorização de uma certa zona monumentalizada. Sendo que, a elaboração do tal estudo e dos tais projectos estava sujeita a determinadas regras previamente estipuladas. Deste modo, sucedeu que aquele projecto base desrespeitou essas mesmas regras, tendo isto levado uma das entidades envolvidas não só a desaprová-lo como a propor a rescisão do contrato. Ora bem, desta situação, interessa-nos visitar a opinião do tribunal a respeito não só da qualificação do contrato celebrado como das eventuais normas que o possam reger. Neste âmbito, apontamos como primeira ideia o facto de o STJ ter considerado que o contrato seria de arquitectura, consistindo a prestação principal deste negócio jurídico no resultado ou produto de um trabalho intelectual. Além disso, o tribunal salientou ainda que esta prestação principal do contrato conduziria à realização de uma obra intelectual ou artística, materializada em determinadas coisas corpóreas, nomeadamente num conjunto de peças desenhadas. Relativamente a este último ponto, importa que destaquemos dois raciocínios do STJ. Sendo assim, o primeiro dos quais, diz respeito ao afastamento directo de algumas normas da empreitada, em razão de se estar diante de uma obra intelectual ou artística. Deste modo, para o tribunal, o carácter intelectual ou artístico

¹¹⁵ V. STJ. (Abril de 2012). Processo 683/1997.L1.S1. Obtido em 15 de Junho de 2020, de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6c3484e9e2228047802579f2005a7b5f>.

¹¹⁶ Como na nota (115).

da obra em causa, dificultava desde logo a possibilidade de aplicar ao caso em apreço algumas das matérias previstas em sede de empreitada, nomeadamente, o respeitante à transferência da propriedade, ao direito de fiscalização e ao direito de exigir a eliminação de defeitos. Note-se que, quanto à transferência da propriedade, o STJ indicou as excepções previstas pelo direito de autor como motivo de afastamento. Por conseguinte, chegamos então ao segundo dos raciocínios que pretendemos aqui deixar. É que, além daquilo, o STJ ciente da índole intelectual ou artística da obra em apreço, considerou importante visitar as normas previstas no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. A respeito deste ponto, queremos salientar, em primeiro lugar, a circunstância de o tribunal ter defendido que as regras relativas ao direito de autor apenas servem para proteger a obra intelectual como resultado final do contrato. Assim, para o tribunal, estando em discussão no caso em apreço o cumprimento ou incumprimento do tal contrato, a regulamentação autoral acabava por se apresentar como um meio pouco fiável de resolução daquele problema. Pois, este quesito dizia respeito ao processo que conduziu ao dito resultado final e não à própria obra intelectual em si.

Como vimos, para o STJ, a prestação principal do contrato celebrado traduzia-se no resultado ou produto de um trabalho intelectual. Sendo assim, na esteira do estipulado no artigo 1154º CC, o STJ acabou por defender que não só na situação em apreço, como em todas que lhe sejam idênticas estar-se-á diante de um contrato de prestação de serviço. Todavia, no entendimento do tribunal, tal qualificação possui uma particularidade, consistindo ela, na circunstância de estes contratos de prestação de serviço serem atípicos. Por conseguinte, para o STJ, tal atipicidade impõe a aplicação das regras presentes nas cláusulas destes negócios jurídicos, bem como das normas gerais contratuais. Admitindo-se, além disso e sendo precisamente este o ponto que aqui pretendíamos alcançar, a aplicação de outras normas legais respeitantes às modalidades tipificadas da prestação de serviço. Assim, para o tribunal, nada obsta a que se apliquem a este tipo de contratos as regras do mandato e, na medida do possível e caso exista semelhança entre as situações, as da empreitada, particularmente o estipulado a respeito do cumprimento defeituoso por desrespeito de regras de carácter técnico. A

respeito destas regras de ordem técnica tencionamos aqui deixar um último pensamento. Pois bem, como vimos *supra*, o STJ apontou algumas normas da empreitada que, no seu entender, seriam de difícil harmonização com a índole intelectual da obra em apreço. Por conseguinte, de entre tais normas, interessa-nos aqui destacar o direito de fiscalização da obra e o direito de exigir a eliminação de defeitos. É que, relativamente a estes dois últimos direitos, o tribunal acabou por abrir uma excepção àquela ideia de desarmonização. Sendo assim, para as instâncias, as tais regras de ordem técnica devem não só ser alvo de fiscalização por parte do dono da obra, como, de igual forma, devem ser rectificadas caso contenham erros do mesmo carácter técnico.

Por fim, cumpre-nos apenas apontar que, não obstante da argumentação supra-referida, o STJ acabou por considerar desnecessária a tal aplicação analógica das normas da empreitada e do mandato. Pois, na opinião do tribunal, quer o contrato em si, quer os outros seus elementos incluíam a regulamentação suficiente do regime a que as partes pretenderam sujeitar-se.

Análise doutrinal relativa ao direito de autor

Na sequência do supra-referido, ocupar-nos-emos agora em procurar respostas na doutrina para as questões apreciadas pelo STJ. Pelo que, antes do mais, convém que centremos o âmbito desta nossa análise. Pois bem, vimos que o STJ estando ciente da índole intelectual da obra em apreço acabou por considerar importante visitar as normas previstas no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Por conseguinte, desta visita, resultou a adesão, por parte do tribunal, à tese do afastamento do direito de autor enquanto regulamentação primária do processo causal. No entanto, estudámos igualmente que o tribunal admitiu a possibilidade de, por via da analogia, se aplicarem as normas da empreitada aos contratos que tenham por objecto a realização de uma obra intelectual. Sendo que, esta ideia, faz parte de uma outra tese relativa ao direito de autor, a qual denominaremos por tese da primazia do direito de autor.

Pois bem, neste ponto, trataremos então de analisar aquelas duas teses. Sendo assim, teremos, por um lado, a tese da primazia do direito de autor e, por outro, a tese

do afastamento do direito de autor enquanto regulamentação primária do processo causal. No entanto, antes de entrarmos na análise destas questões pretendemos aqui deixar alguns pontos que consideramos importantes para uma melhor compreensão da matéria em debate.

Considerações gerais sobre o direito de autor

Ao abrigo do disposto no artigo 1º nº1 CDADC apontamos, em primeiro lugar, que o âmbito de protecção do direito de autor abrange as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas¹¹⁷. Neste sentido, as obras intelectuais passíveis de ser objecto de protecção autoral encontram-se discriminadas nos artigos 2º nº1 CDADC e 3º nº1 CDADC¹¹⁸. Além destas, o direito de autor pode ainda vir a proteger os programas de computador¹¹⁹ e as bases de dados¹²⁰. Por outra via, daquele nº1 do artigo 1º CDADC resulta ainda que a exteriorização é um dos requisitos essenciais para que a obra intelectual seja objecto de protecção autoral¹²¹. Com efeito, caso a exteriorização não ocorra, tornando-se assim impossível a perceptibilidade por terceiros, a obra acaba por não ser objecto de protecção autoral¹²². Sendo que, além da exteriorização, convém igualmente que destaquemos a originalidade como requisito essencial à protecção da obra pelo direito de autor¹²³.

Pois bem, o direito de autor nasce com a criação de uma obra intelectual¹²⁴. Pelo que, em conformidade com o disposto no artigo 11º CDADC e no artigo 27º CDADC, a regra geral diz-nos que a titularidade do direito de autor pertence ao criador intelectual da obra¹²⁵. Por outro lado, o artigo 9º nº1 CDADC determina que o direito de autor se

¹¹⁷ Cf. Artigo 1º nº1 CDADC; Leitão, L.M. (2018). *Direito de Autor...*, *op.cit.*, p.71.

¹¹⁸ Cf. Artigos 2º nº1 e 3º nº1 CDADC.

¹¹⁹ Adiante veremos com mais pormenor o respeitante aos programas informáticos.

¹²⁰ V. Leitão, L.M. (2018). *Direito de Autor...*, *op.cit.*, pp. 97-98.

¹²¹ Cf. Leitão, L.M. (2018). *Direito de Autor...*, *op.cit.*, p.77.; Silva, C.J. (Abril de 1987), *op.cit.*, 137.

¹²² Cf. Leitão, L.M. (2018). *Direito de Autor...*, *op.cit.*, p. 77.

¹²³ V. Leitão, L.M. (2018). *Direito de Autor...*, *op.cit.*, pp. 76-77.; Albuquerque, P. e Raimundo, A.M. (2019), *op.cit.*, pp. 165-168.; Rocha, V.M. (2003). A originalidade como requisito de protecção pelo direito de autor. In *Verbo Jurídico*. Obtido em 16 de Junho de 2020, de <https://www.verbojuridico.net/doutrina/autor/originalidade.html>.

¹²⁴ Cf. Leitão, L.M. (2018). *Direito de Autor...*, *op.cit.*, pp. 106-107.; Silva, C.J. (Abril de 1987), *op.cit.*, 133.

¹²⁵ Cf. Artigos 11º e 27º nº1 CDADC.

desdobra em direitos de carácter patrimonial e em direitos de carácter pessoal, designando-se estes últimos por direitos morais¹²⁶. Sendo que, ao longo deste trabalho denominaremos estes últimos por direitos pessoais¹²⁷. Observemos as particularidades destes direitos.

Relativamente aos direitos patrimoniais salientamos, como sua finalidade, a exploração económica da obra¹²⁸. Desta feita, mediante o disposto no artigo 67º nº1 CDADC percebemos que o autor tem o direito exclusivo de fruir e utilizar a obra, no todo ou em parte, no qual se incluem as faculdades de a divulgar, publicar e explorar economicamente por qualquer forma, directa ou indirectamente, nos limites da lei¹²⁹. Pelo que, embora não taxativamente¹³⁰, o artigo 68º CDADC acaba por prever diversas modalidades deste direito de exploração económica da obra¹³¹. No entanto, afóra destas modalidades típicas do artigo 68º CDADC, o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos prevê ainda um outro direito a que pretendemos atentar. Falamos, portanto, do direito à compensação suplementar que se encontra previsto no artigo 49º CDADC. Assim, de acordo com este artigo, se o criador intelectual ou os seus sucessores, tendo transmitido ou onerado o seu direito de exploração económica a título oneroso, acabarem por vir a sofrer uma grave lesão patrimonial por manifesta desproporção entre os seus proveitos e os lucros auferidos pelo beneficiário, podem reclamar deste último uma compensação suplementar, que incidirá sobre os resultados da exploração¹³². Pois bem, como podemos constatar, para que esta compensação suplementar se efective, torna-se necessário, além do mais, que a transmissão ou oneração do direito de exploração da obra, a título oneroso, tenha sido realizada pelo criador intelectual ou pelos seus sucessores. Sendo assim, esta circunstância acaba por nos conduzir ao ponto que tencionávamos alcançar. É que, o direito patrimonial de autor é transmissível e disponível¹³³. Pois, se atentarmos ao previsto no artigo 40º CDADC

¹²⁶ Cf. Artigo 9º nº1 CDADC.

¹²⁷ V. Leitão, L.M. (2018). *Direito de Autor...*, op.cit., p. 123.

¹²⁸ Cf. Idem, ibidem, p.123.

¹²⁹ Cf. Artigo 67º nº1 CDADC.

¹³⁰ V. Artigo 68º nº1 e nº2 CDADC.

¹³¹ Cf. Artigo 68º CDADC.

¹³² Cf. Artigo 49º nº1 CDADC.

¹³³ V. Leitão, L.M. (2018). *Direito de Autor...*, op.cit., p. 123.

acabamos por verificar que a lei permite a disponibilidade destes poderes patrimoniais de autor¹³⁴. Por conseguinte, aquele artigo concede não só ao titular originário, bem como aos seus sucessores ou transmissários as faculdades de autorizar a utilização da obra por terceiro e de transmitir ou onerar, no todo ou em parte, o conteúdo patrimonial do direito de autor sobre essa obra¹³⁵.

No que respeita aos direitos pessoais, atentemos, em primeiro lugar, ao preceituado no artigo 56º nº2 CDADC. Assim, este artigo diz-nos que os direitos pessoais de autor são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis¹³⁶. Desta feita, contrariamente aos direitos patrimoniais, os direitos pessoais não podem ser objecto de transmissão nem de oneração, conforme nos explica, aliás, o artigo 42º CDADC¹³⁷. Dito isto, referimos agora que, do computo de todos os direitos pessoais de autor, interessa-nos, para o âmbito do nosso trabalho, visitar o direito ao inédito e o direito de retirada. Pois bem, relativamente ao direito ao inédito começamos por afirmar que este consiste na faculdade de o autor dar ou não a conhecer a terceiros a existência da obra¹³⁸. Sendo assim, este direito, acaba por permitir ao autor a não divulgação da obra, caso seja esta a sua intenção¹³⁹. Pelo que, não existindo um preceito legal onde se encontre previsto este direito ao inédito, ele acaba por se presumir do estabelecido no artigo 6º CDADC¹⁴⁰. Já que, de acordo com este artigo, não só se considera a obra como publicada quando esta seja reproduzida com o consentimento do autor como se estipula que a sua divulgação ao público deve ser realizada de forma lícita¹⁴¹. Sendo assim, é precisamente por causa deste direito ao inédito que o artigo 195º nº2 alínea a) CDADC diz cometer o crime de usurpação quem divulgar ou publicar abusivamente uma obra ainda não divulgada nem publicada pelo seu autor ou não destinada a divulgação ou publicação, mesmo que a apresente como sendo do respectivo autor¹⁴². Finalmente, para

¹³⁴ V. Artigo 40º CDADC.; Leitão, L.M. (2018). *Direito de Autor...*, *op.cit.*, p. 185 ss.

¹³⁵ Cf. Artigo 40º CDADC.;

¹³⁶ Cf. Artigo 56º nº2 CDADC.; Leitão, L.M. (2018). *Direito de Autor...*, *op.cit.*, p. 150.

¹³⁷ Cf. Artigo 42º CDADC.

¹³⁸ Cf. Leitão, L.M. (2018). *Direito de Autor...*, *op.cit.*, p. 150.

¹³⁹ V. Idem, *ibidem*, p. 150.

¹⁴⁰ V. Idem, *ibidem*, p. 150.

¹⁴¹ Cf. Artigo 6º CDADC.

¹⁴² Cf. Artigo 195º nº2 alínea a) CDADC.; Leitão, L.M (2018). *Direito de Autor...*, *op.cit.*, pp. 150-

percebermos o direito de retirada convém que atentemos ao disposto no artigo 62º CDADC. Assim, mediante este artigo, o autor de obra divulgada ou publicada poderá retirá-la a todo o tempo da circulação e fazer cessar a respectiva utilização, sejam quais forem as modalidades desta, contanto que tenha razões morais atendíveis, mas deverá indemnizar os interessados pelos prejuízos que a retirada lhes causar¹⁴³.

A tese da primazia do direito de autor

Relativamente a esta tese da primazia do direito de autor, pretendemos começar por destacar o facto de se defender que estando em causa uma obra intelectual, o contrato deve ser regulado primordialmente pelas normas relativas ao direito de autor¹⁴⁴. Sendo assim, para explicarmos melhor este raciocínio convém que retomemos a um dos pontos supra-referidos. Com efeito, vimos que o direito em manter a obra inédita é um dos direitos pessoais de autor. Por conseguinte, encontrando apoio neste direito ao inédito, nesta tese da primazia do direito de autor acaba por se argumentar que o autor deve poder recusar-se a entregar a obra, caso sinta que esta não o reflecte enquanto criador¹⁴⁵. Já *supra* tínhamos visto esta ideia aquando do estudo do conceito restrito. Além disso, estudámos igualmente que o direito de retirada é outro dos direitos pessoais de autor. Desta feita, para esta tese aqui em apreço, considerar como empreitada um contrato por intermédio do qual alguém se obrigue a realizar uma obra intelectual, aplicando-lhe, portanto, as normas daquele tipo contratual, seria derogar aqueles direitos pessoais que, aliás, são fundamentais e prioritários¹⁴⁶. Até porque, como aliás já tínhamos visto, como o regime da empreitada, mais concretamente o previsto no artigo 1229º CC, só concede o direito de desistência ao dono da obra, o autor, ou digamos o eventual empreiteiro que realizaria a obra intelectual, acabava por perder aquelas faculdades de retirada e de recusa da entrega¹⁴⁷. Dito isto, podemos agora completar o raciocínio a que nos referíamos. Assim, para esta tese da primazia do direito de autor, a regulamentação autoral acaba por se sobrepor às normas das

¹⁴³ Cf. Artigo 62º CDADC.

¹⁴⁴ V. Silva, C.J. (Abril de 1987), *op.cit., passim.*; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, 391.

¹⁴⁵ Cf. Silva, C.J. (Abril de 1987), *op.cit.*, 133-134.

¹⁴⁶ Cf. Silva, C.J. (Abril de 1987), *op.cit.*, 134 ss.

¹⁴⁷ Cf. Silva, C.J. (Abril de 1987), *op.cit.*, 134.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 391.

modalidades típicas do contrato de prestação de serviço¹⁴⁸. Já que, como acabámos de ver, a aplicação das normas da empreitada, nomeadamente do direito de desistência, ao tipo de contrato aqui em análise, acabaria por provocar o não reconhecimento ao autor de certos direitos fundamentais e prioritários, tais como as faculdades de não divulgação e de retirada da obra¹⁴⁹.

Por outra via, vimos *supra* que os direitos patrimoniais de autor são transmissíveis e disponíveis ao passo que os direitos pessoais de autor não podem ser objecto de transmissão nem de oneração. Neste sentido, já estudámos igualmente que para esta ideia de primazia do direito de autor, os direitos pessoais são fundamentais e prioritários. Sendo assim, alcançamos, deste modo, outro dos raciocínios a que pretendíamos atentar. Falamos, desta feita, do facto de nesta tese aqui em análise se considerar que os direitos pessoais assumem uma posição de maior relevo em relação aos direitos patrimoniais¹⁵⁰. Por conseguinte, é precisamente com esta ideia em mente que nesta tese da primazia do direito de autor se defende que as faculdades de não divulgação e de retirada da obra acabam por derrogar a regra geral dos contratos prevista no artigo 406º nº1 CC¹⁵¹. Pois bem, este artigo determina que os contratos devem ser pontualmente cumpridos, e só podem modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes¹⁵². Ora, se regressarmos ao contrato celebrado entre a RTP e a FILMFORM, e imaginarmos o exercício por parte desta última daqueles direitos ao inédito e à retirada, constatamos que a FILMFORM acabaria, na realidade, por se desvincular unilateralmente do contrato celebrado. O que, claro está, vai em sentido contrário ao imposto pelo artigo 406º nº1 CC na medida em que a FILMFORM romperia unilateralmente o contrato, impedindo assim o seu pontual cumprimento. Neste sentido, é ainda com o apoio naquele raciocínio de que no âmbito do direito de autor vigora o primado dos direitos pessoais sobre os direitos patrimoniais que se acaba por descartar a qualificação de empreitada para um contrato por intermédio do qual

¹⁴⁸ V. Silva, C.J. (Abril de 1987), *op.cit.*, 142.

¹⁴⁹ V. Idem, *ibidem*, 134-135.

¹⁵⁰ V. Idem, *ibidem*, *passim*.

¹⁵¹ V. Idem, *ibidem*, 137.

¹⁵² Cf. Artigo 406º nº1 CC.

alguém se obrigue a realizar uma obra intelectual¹⁵³. Pois, considera-se que qualificar como empreitada um contrato deste tipo é dar primazia ao direito patrimonial e contratos de exploração pecuniária sobre os direitos pessoais, ou seja, é dar prioridade ao efeito sobre a causa¹⁵⁴.

Pois bem, perante tudo isto, podemos desde já concluir que para esta tese aqui em análise aos contratos por intermédio dos quais alguém se obrigue a realizar uma obra intelectual devem ser aplicadas, em primeiro lugar, as normas relativas ao direito de autor. No entanto, caso estas regras do direito de autor não consigam responder a determinada situação acaba por se admitir o recurso aos preceitos da empreitada, por via da analogia¹⁵⁵. Assim, imaginando um caso em que um engenheiro ficou adstrito a elaborar determinado projecto de construção, há quem defenda que se devem aplicar, na medida do possível, as normas da empreitada¹⁵⁶. Pois, caso estejam em debate defeitos daquele projecto, considera-se insustentável a aplicação do prazo geral de prescrição de vinte anos, previsto no artigo 309º CC, e aplicável a esta situação mediante o disposto no artigo 1156º CC¹⁵⁷.

Por fim, pretendemos salientar que esta ideia de primazia do direito de autor faz normalmente parte da argumentação de quem defende um conceito restrito de obra¹⁵⁸. Contudo, de entre os apoiantes deste conceito restrito de obra conseguimos encontrar alguma discórdia no que respeita à aplicação analógica do artigo 1229º CC. Assim, por um lado, no âmbito do contrato de encomenda defende-se que quem encomendou a obra intelectual deve dela poder desistir caso a sua produção ou conclusão tenha deixado de lhe interessar¹⁵⁹. Por conseguinte, para justificar a aplicação deste direito de desistência do artigo 1229º CC acaba por se apontar à semelhança entre a encomenda de obra intelectual e o contrato de empreitada, nomeadamente quanto à identidade

¹⁵³ V. Idem, *ibidem*, 143.

¹⁵⁴ V. Idem, *ibidem*, 143.

¹⁵⁵ Cf. Silva, C.J. (Abril de 1987), *op.cit.*, 142.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p.391.; Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 506.

¹⁵⁶ Como na nota (113).

¹⁵⁷ Como na nota (114).

¹⁵⁸ V. Silva, C.J. (Abril de 1987), *op.cit.*, *passim.*; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, pp. 386 ss.; Leitão, L.M (2018), *op.cit.*, pp. 505 ss.

¹⁵⁹ Cf. Silva, C.J. (Abril de 1987), *op.cit.*, 145.

dos quesitos que se desencadeiam em ambos¹⁶⁰. No mesmo sentido, sustenta-se ainda que a existência de um suporte corpóreo, como as tais fitas, acaba por aproximar o contrato de encomenda de obra intelectual à empreitada, tornando-o assim num contrato mais resultado do que de actividade¹⁶¹. No entanto, há quem defenda que o artigo 1229º CC não pode ser aplicado, por via da analogia, a um contrato cujo objecto seja uma obra intelectual¹⁶². Para tal, apontam-se duas ideias fundamentais. Na primeira das quais, atenta-se à natureza excepcional da norma prevista no artigo 1229º CC¹⁶³. Ora, sendo uma norma excepcional, acaba por se tornar, à luz do disposto no artigo 11º CC, insusceptível de aplicação analógica¹⁶⁴. Por outro lado, salienta-se ainda a falta de semelhança entre o contrato de empreitada e um contrato cujas prestações sejam de natureza ideal ou moral¹⁶⁵. Assim, os motivos que levam à desistência da empreitada, como por exemplo as alterações urbanísticas ou as inovações tecnológicas, acabam por não ter cabimento quando se está perante um contrato cujas prestações sejam daquela natureza¹⁶⁶.

A tese do afastamento do direito de autor enquanto regulamentação primária do processo causal

Vimos *supra* que no acórdão do STJ de 24 de Abril de 2012¹⁶⁷, o tribunal adoptou um entendimento de que as regras relativas ao direito de autor apenas servem para proteger a obra intelectual como resultado final de um contrato. Por conseguinte, estando em discussão naquele caso uma situação de cumprimento ou incumprimento contratual, o STJ acabou por desconsiderar as normas do direito de autor enquanto meio de resolução deste problema. Pois, o quesito em apreço acabava por respeitar ao processo que conduziu ao tal resultado e não à própria obra intelectual em si.

Pois bem, serviu o que acabámos de referir como introdução a esta tese do afastamento do direito de autor enquanto regulamentação primária do processo causal.

¹⁶⁰ Cf. *Idem*, *ibidem*, 145.

¹⁶¹ Cf. Artigos 1154º CC e 1555º CC.; Cf. Silva, C.J. (Abril de 1987), *op.cit.*, 146.

¹⁶² V. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 506.; Varela, A. (Abril de 1985), *op.cit.*, 173 ss.

¹⁶³ V. Varela, A. (Abril de 1985), *op.cit.*, 173-174.

¹⁶⁴ Cf. Varela, A. (Abril de 1985), *op.cit.*, 173-174.; Artigo 11º CC.

¹⁶⁵ V. Varela, A. (Abril de 1985), *op.cit.*, 175.

¹⁶⁶ Cf. *Idem*, *ibidem*, 174-175.

¹⁶⁷ Como na nota (115).

Pelo que, antes do mais, convém clarificar que o processo causal, para os efeitos aqui em debate, consiste no processo de produção ou criação da obra intelectual¹⁶⁸. Por outra via, o resultado final daquele processo equivale, conseqüentemente, à obra intelectual¹⁶⁹.

Como vimos *supra*, o direito de autor nasce com a criação da obra intelectual. Desta feita, a grande ideia deste pensamento aqui em análise é que o direito de autor só se torna no complexo normativo a aplicar quanto o tal processo causal termina, passando a existir, assim, uma obra intelectual¹⁷⁰. Neste sentido, apresenta-se ainda um outro ponto a que pretendemos aqui atentar. Falamos, portanto, de uma possível situação de não cumprimento de um contrato em que alguém se tenha obrigado a alcançar certo resultado de ordem intelectual¹⁷¹. É que, para esta tese, caso se optasse por considerar o complexo normativo relativo ao direito de autor como regulamentação primária do processo causal, aquele contrato ferido por incumprimento, não resultando, portanto, dele uma obra intelectual, estaria, na realidade, desprovido de uma fonte primária de regulamentação¹⁷². Pois, na seqüência do que já estudámos, para que o direito de autor vigore torna-se necessária a existência de uma obra intelectual¹⁷³.

Neste momento, já se torna claro que para o pensamento aqui em análise nada obsta a que ao resultado final do processo de realização de uma obra intelectual se apliquem as normas relativas ao direito de autor¹⁷⁴. No entanto, salientamos agora que relativamente a esse mesmo processo já não é bem assim. Por conseguinte, para a tese em apreço, a prestação de serviço, correspondente ao dito processo, deve ser alvo de regulamentação própria¹⁷⁵. Daí que, outra das ideias fundamentais deste raciocínio consista na divisão entre regulamentação aplicável ao processo causal e a

¹⁶⁸ Cf. Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 586-587.

¹⁶⁹ Cf. *Idem*, *ibidem*, 587.

¹⁷⁰ Cf. Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 587-588.

¹⁷¹ *V. Idem*, *ibidem*, 587-588.

¹⁷² *V. Idem*, *ibidem*, 588.

¹⁷³ *V. Idem*, *ibidem*, 588.

¹⁷⁴ *V. Idem*, *ibidem*, 587-588.

¹⁷⁵ *V. Idem*, *ibidem*, 588.

regulamentação que incide sobre o resultado proveniente desse processo, entenda-se a própria obra intelectual¹⁷⁶.

Dito isto, pretendemos aqui deixar uma última nota. Com efeito, estudaremos adiante a possibilidade ou impossibilidade de harmonização das normas da empreitada com os contratos por intermédio dos quais alguém se obrigue a realizar uma obra intelectual. Pois bem, perante tudo aquilo que já vimos desta tese do afastamento do direito de autor podemos agora salientar enquanto outra das suas ideias essenciais, a possibilidade de compatibilização entre as normas da empreitada e o tipo de contratos a que até aqui nos temos vindo a dedicar¹⁷⁷. Por conseguinte, introduzimos desde já que, para esta tese, a regulamentação legal da prestação de serviço que conduz à realização de uma obra intelectual passa, efectivamente, pela aplicação do regime da empreitada¹⁷⁸.

Análise doutrinal relativa à harmonização das normas da empreitada

Vimos *supra* que o STJ considerou difícil a conciliação de determinadas normas da empreitada com a índole intelectual da obra em apreço. Com efeito, para o tribunal, as regras respeitantes à transferência da propriedade, o direito de fiscalização e o direito em exigir a eliminação de defeitos acabavam por se mostrar de difícil harmonização com a obra intelectual em causa. Desta feita, acrescentamos ainda que há quem defenda que o regime das alterações é dificilmente compatível com a criação de uma obra intelectual¹⁷⁹. Por outra via, estudámos igualmente que a tese do afastamento do direito de autor acaba por ter uma ideia de harmonização das normas da empreitada com os contratos por intermédio dos quais alguém se obrigue a realizar uma obra intelectual. Sendo assim, perante isto, cumpre-nos agora visitar alguns pensamentos doutriniais a respeito da possibilidade ou impossibilidade de compatibilização daquelas regras da

¹⁷⁶ V. Idem, *ibidem*, 588.

¹⁷⁷ V. Idem, *ibidem*, 592-617.

¹⁷⁸ V. Idem, *ibidem*, 589-590.

¹⁷⁹ V. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, 506.

empreitada com o tipo de contratos aqui em apreço. No entanto, antes do mais, analisaremos, de uma forma geral, a matéria respeitante àquelas regras no âmbito do contrato de empreitada.

Generalidades sobre a empreitada

O nº1 do artigo 1209º CC permite que o comitente fiscalize, à sua custa, a execução da obra, desde que não perturbe o andamento ordinário da empreitada¹⁸⁰. Desta feita, por intermédio do exercício concreto deste direito de fiscalização, o comitente pode impedir que o empreiteiro oculte vícios de difícil verificação no momento da entrega¹⁸¹. Além disso, a faculdade de fiscalização permite que o comitente controle a execução da obra, nomeadamente quanto aos materiais utilizados e quanto ao respeito pelo plano convencionado¹⁸². Relativamente ao plano convencionado, a fiscalização da obra, possibilita igualmente que o comitente se aperceba da necessidade de lhe introduzir alterações¹⁸³. Por fim, importa que atentemos a um outro ponto. É que, a maioria da doutrina nacional considera que esta faculdade de fiscalização é injuntiva, sendo, portanto, nula uma cláusula que afaste este direito¹⁸⁴. No entanto, em sentido contrário, há quem defenda que por intermédio da fiscalização, poder-se-iam tornar cognoscíveis ao comitente certos dados técnicos que o empreiteiro não estaria interessado em revelar, como por exemplo novas técnicas de perfuração de túneis¹⁸⁵. Por conseguinte, acaba por se sustentar que existindo motivos plausíveis, nada obsta a que o direito de fiscalização possa ser afastado pelas partes¹⁸⁶.

A respeito da transferência da propriedade da obra, pretendemos começar por salientar que o seu regime apresenta uma exceção ao regime geral de transferência de direitos reais por mero efeito do contrato, conforme resulta aliás do preceituado no artigo 408º nº2 CC¹⁸⁷. Assim, o artigo 1212º CC acaba por diferenciar as regras de

¹⁸⁰ Cf. Artigo 1209º nº1 CC.

¹⁸¹ Cf. Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, p. 870.

¹⁸² Cf. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 510.

¹⁸³ Cf. Idem, *ibidem*, p. 510.

¹⁸⁴ V. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p.510.; Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, p. 870.; Albuquerque, P. e Raimundo, A.M. (2019), pp. 275-276.

¹⁸⁵ Cf. Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 369-370.

¹⁸⁶ Cf. Idem, *ibidem*, p. 370.

¹⁸⁷ V. Artigo 408º nº2 CC.; Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, pp. 523-524.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 443.

transferência da propriedade consoante se esteja perante uma coisa móvel ou imóvel¹⁸⁸. Porém, convém apontarmos que o disposto no artigo 1212º CC não se aplica às empreitadas de modificação ou reparação de uma coisa pertencente ao comitente¹⁸⁹. Já que, neste caso, a propriedade acaba por permanecer no dono da obra¹⁹⁰. Desta feita, começamos por visitar o regime relativo à construção de coisa móvel, previsto no nº1 do artigo 1212º CC.

Pois bem, o artigo 1212º nº1 CC divide esta problemática em duas situações. Assim, por um lado, se na construção da coisa móvel forem utilizados materiais fornecidos, no todo ou em parte, pelo empreiteiro, a transferência da propriedade só ocorre aquando da aceitação da coisa por parte do dono da obra¹⁹¹. Por conseguinte, até esse momento da aceitação, é ao empreiteiro que pertence a propriedade da obra¹⁹². Por outro lado, de acordo com o mesmo nº1 do artigo 1212º CC, podemos constatar que nas situações em que seja o dono da obra a fornecer os materiais, estes continuam sua propriedade, tal como será a coisa assim que esteja concluída¹⁹³. Assim, nesta hipótese, verificamos que a coisa passa a pertencer ao comitente assim que concluída, pelo que, aqui a aceitação acaba por ser irrelevante¹⁹⁴. Além disso, notamos igualmente que sendo os materiais fornecidos pelo comitente, a sua propriedade nunca deixa de lhe pertencer¹⁹⁵.

No artigo 1212º nº2 CC encontramos a regulamentação da construção de coisa imóvel em solo pertencente ao comitente¹⁹⁶. Assim, nesta situação, aquele artigo determina que a coisa é propriedade do comitente mesmo que seja o empreiteiro quem fornece os materiais, considerando-se estes adquiridos pelo dono da obra à medida que

¹⁸⁸ Cf. Artigo 1212º nº1 e nº2 CC.

¹⁸⁹ Cf. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 524.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 443.

¹⁹⁰ Cf. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 524.;

¹⁹¹ V. Artigo 1212º nº1 CC primeira parte.; Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 524.; Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, p. 878.; Martinez, P.R. (2017), p. 445.

¹⁹² Cf. Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, p. 878.

¹⁹³ Cf. Artigo 1212º nº1 CC segunda parte.

¹⁹⁴ Cf. Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, pp. 878-879.

¹⁹⁵ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 878.

¹⁹⁶ Este artigo abrange apenas as situações em que a obra é realizada em solo do comitente. Pelo que, nos casos em que o solo pertença ao empreiteiro seguimos de perto Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, pp. 525-526.

forem sendo incorporados no solo¹⁹⁷. Sendo assim, na empreitada de construção de coisa imóvel, se os materiais forem fornecidos pelo empreiteiro, a propriedade deles vai sendo adquirida pelo comitente à medida que eles sejam incorporados no solo¹⁹⁸. Por outro lado, os materiais continuam a ser propriedade do dono da obra, caso seja estes a fornecê-los¹⁹⁹. Além disto, convém por fim apontarmos que nesta hipótese prevista no artigo 1212º nº2 CC, a aceitação da obra acaba por ser irrelevante para a transferência da propriedade²⁰⁰. Pois, quer em caso de aceitação, quer em caso de recusa da obra, esta, por ter sido realizada em solo pertencente ao comitente acaba por ser sempre propriedade deste²⁰¹.

O artigo 1214º CC trata de regular as alterações por iniciativa do empreiteiro. Desta feita, de acordo com o nº1 deste preceito legal, o empreiteiro não pode introduzir alterações ao plano convencionado sem a autorização do comitente²⁰². Por conseguinte, deparamo-nos aqui com o princípio de que o contrato só pode modificar-se por mútuo consentimento dos contraentes, estabelecido no artigo 406º nº1 CC²⁰³. Sendo assim, o nº2 do artigo 1214º CC acaba por considerar defeituosa a obra que tenha sido alterada sem a autorização do comitente²⁰⁴. No entanto, nesta situação, a segunda parte do nº2 do artigo 1214º CC permite que o comitente aceite a obra conforme ela foi executada, ou seja, com as alterações introduzidas sem autorização, não ficando obrigado a qualquer suplemento de preço nem a indemnização por enriquecimento sem causa²⁰⁵. Relativamente às empreitadas em que tenha sido fixado um preço global, mediante o disposto no nº3 do artigo 1214º CC percebemos que a autorização da alteração tem que ser dada por escrito com fixação do aumento do preço²⁰⁶. Desta feita, se assim não o for, o nº3 do artigo 1214º CC estabelece que o empreiteiro só pode exigir do comitente

¹⁹⁷ Cf. Artigo 1212º nº2 CC.

¹⁹⁸ Cf. Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, p. 879.

¹⁹⁹ Cf. Idem, *ibidem*, p. 879.

²⁰⁰ Cf. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 525.

²⁰¹ Cf. Idem, *ibidem*, p. 525.

²⁰² Cf. Artigo 1214º nº1 CC.

²⁰³ Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 426.

²⁰⁴ Cf. Artigo 1214º nº2 CC.

²⁰⁵ V. Artigo 1214º nº2 CC segunda parte e artigo 473º CC.

²⁰⁶ Cf. Artigo 1214º nº3 CC.

uma indemnização correspondente ao enriquecimento deste²⁰⁷. Pois bem, o desenho legal deste artigo acaba por evitar uma eventual precipitação do comitente em autorizar, de forma meramente verbal, o empreiteiro a realizar alterações sem ter ponderado a influência de tal decisão no preço global da empreitada²⁰⁸. Note-se que nas empreitadas por preço global, o valor é fixado de antemão²⁰⁹. Por conseguinte, acaba por se exigir que a autorização revista a forma escrita mesmo que o contrato não tenha seguido essa formalidade²¹⁰. Porém, tendo efectivamente existido autorização, embora sem ter seguido a forma escrita, o comitente, nos termos do nº3 do artigo 1214º CC pode vir a ter que restituir ao empreiteiro o enriquecimento sem causa provocado pela alteração realizada²¹¹.

As alterações necessárias encontram-se previstas no artigo 1215º CC. Desta feita, de acordo com o nº1 deste artigo, podemos salientar que elas acontecerão sempre que, em virtude de direitos de terceiro ou de regras técnicas, seja necessário introduzir alterações ao plano convencionado²¹². Assim, esta necessidade de alterar o plano convencionado pode advir de um direito de terceiro, como por exemplo uma servidão, ou então de uma necessidade técnica, da qual nos serve como exemplo o facto de eventualmente se encontrar um poço no sítio onde devia ser construído o pilar de um edifício²¹³. Pois bem, numa situação deste tipo, as partes devem chegar a acordo quanto às alterações necessárias a efectuar, quanto à modificação do preço e quanto ao prazo de execução²¹⁴. Por conseguinte, este acordo acaba por seguir os termos gerais²¹⁵, não sendo assim exigível que assuma a forma escrita²¹⁶. Sendo que, na falta de acordo, o nº1 do artigo 1215º CC diz-nos que será o tribunal a determinar essas alterações e a fixar as correspondentes modificações quanto ao preço e prazo de execução²¹⁷. Além disso, o

²⁰⁷ Cf. Artigo 1214º nº3 CC.

²⁰⁸ Cf. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 527.

²⁰⁹ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 512.

²¹⁰ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 527.

²¹¹ V. Artigo 473º CC.; Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 527.; Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, p. 883.

²¹² Cf. Artigo 1215º CC.

²¹³ Cf. Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, p. 885.

²¹⁴ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 885.

²¹⁵ V. Artigo 219º CC.

²¹⁶ Cf. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 528.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 429.

²¹⁷ Cf. Artigo 1215º nº1 CC.

nº2 do artigo 1215º CC concede ao empreiteiro a possibilidade de denunciar o contrato e de exigir uma indemnização equitativa²¹⁸ se, em virtude das alterações, o preço for elevado em mais de vinte por cento do convencionado anteriormente²¹⁹. Finalmente, pretendemos aqui deixar que há quem defenda que o empreiteiro pode denunciar o contrato se as alterações impostas pelo tribunal implicarem uma modificação da natureza da obra²²⁰. Já que, nesta situação, o empreiteiro pode não estar tecnicamente preparado para realizar uma obra de tipo diferente²²¹.

O artigo 1216º CC prevê um outro regime de alterações. Desta feita, o nº1 deste artigo acaba por permitir que o comitente exija a introdução de alterações ao plano convencionado²²². Por conseguinte, este regime das alterações exigidas pelo dono da obra acaba por apresentar uma excepção ao princípio de que o contrato só pode ser modificado por mútuo consentimento das partes, previsto no artigo 406º nº1 CC²²³. Já que, as alterações exigidas pelo dono da obra acabam por consubstanciar uma situação em que o contrato de empreitada é modificado por declaração unilateral de uma das partes²²⁴. No entanto, o nº1 do artigo 1216º CC acaba por estabelecer dois limites a esta faculdade de o comitente modificar unilateralmente o contrato de empreitada²²⁵. Assim, por um lado, o valor das alterações não pode exceder a quinta parte do preço já estipulado e, por outro lado, a natureza da obra não poderá ser modificada²²⁶. Por outra via, contrariamente ao que estudámos a respeito das alterações por iniciativa do empreiteiro, não se exige que estas alterações aqui em análise assumam a forma escrita, mesmo que para a empreitada em causa tenha sido fixado um preço global²²⁷. Por outra via, o nº2 do artigo 1216º CC determina que, num caso concreto de alterações exigidas

²¹⁸ Relativamente aos trâmites desta indemnização V. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, pp. 528-529 para quem ela deve abranger os custos suportados pelo empreiteiro e a utilidade económica que a obra já realizada proporciona ou comitente e, em sentido contrário V. Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 430 onde se defende a aplicação dos critérios do artigo 1227º CC ficando assim a indemnização a abranger apenas o trabalho executado e as despesas realizadas.

²¹⁹ Cf. Artigo 1215º nº2 CC.

²²⁰ Cf. Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 430.

²²¹ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 430.

²²² Cf. Artigo 1216º nº1 CC.

²²³ V. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 529.; Martinez, P.R. (2018), *op.cit.*, p. 431.

²²⁴ Como na nota (223).

²²⁵ Cf. Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, p. 887.

²²⁶ Cf. Artigo 1216º nº1 CC.

²²⁷ Cf. Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 432.; Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 530.

pelo dono da obra, de onde tenha resultado um acréscimo de despesa e de trabalho para o empreiteiro, este último, tem direito a um aumento do preço estipulado, na medida daquele acréscimo, e a um prolongamento do prazo de execução da obra²²⁸. Porém, mediante o disposto no nº3 do artigo 1216º CC, se das alterações introduzidas resultar uma diminuição de custo ou de trabalho, o empreiteiro continua a ter direito ao preço estipulado, embora com a dedução do que foi poupado em despesas e do que foi adquirido por aplicação da sua actividade²²⁹. Pois bem, tal significa que, por exemplo, se de determinada obra foi dispensada a aplicação de um elevador, o custo dos respectivos materiais deve ser reduzido²³⁰. Além disso, por outro lado, se no cálculo do preço, o empreiteiro previu que iria trabalhar um mês mas, na realidade, só veio a trabalhar vinte dias, o preço pode sofrer uma redução se aquele tenha utilizado os restantes dez dias numa outra actividade com vista ao lucro²³¹.

Terminamos esta nossa visita ao regime das alterações a atentar ao previsto no artigo 1217º CC a respeito das alterações posteriores à entrega e obras novas. Sendo assim, de acordo com o nº1 daquele artigo, o regime das alterações que até aqui vimos, não é aplicável às alterações feitas depois da entrega da obra nem às obras que tenham autonomia em relação às previstas no contrato²³². Pois bem, quer num caso, quer em outro, estamos perante trabalhos que extravasam da relação de empreitada estabelecida pelas partes²³³. Sendo assim, acabam por ser trabalhos que constituem obras independentes, como por exemplo, a elevação de outro andar, ou que foram executados depois de a obra ter sido entregue²³⁴. Por conseguinte, se existir acordo entre as partes para que se realizem alterações posteriores à entrega ou para que se realize uma obra nova, dever-se-á celebrar um novo contrato de empreitada, não ficando este sujeito aos termos do seu antecessor²³⁵. No entanto, mediante o nº2 do artigo 1217º CC, podemos salientar que se o empreiteiro, sem autorização, acabar por

²²⁸ Cf. Artigo 1216º nº2 CC.; Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 530.

²²⁹ Cf. Artigo 1216º nº3 CC.

²³⁰ Cf. Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, p. 888.

²³¹ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 888.

²³² Cf. Artigo 1217º nº1 CC.

²³³ Cf. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 531.

²³⁴ Cf. Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 434.

²³⁵ Cf. Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 434.; Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, pp. 888-889.

introduzir alterações posteriores à entrega ou por realizar uma obra nova, o comitente tem direito à recusa ou a exigir, caso seja possível, a eliminação²³⁶. Além disso, nesta hipótese, o nº2 do artigo 1217º CC prevê ainda que o comitente pode exigir uma indemnização pelo prejuízo, nos termos gerais²³⁷.

Por fim, pretendemos aqui deixar alguns pontos a respeito do direito à eliminação de defeitos. No entanto, antes do mais, convém que visitemos algumas particularidades gerais do regime onde este direito se insere. Assim, começamos por salientar que no âmbito da empreitada, o cumprimento considerar-se-á defeituoso sempre que a obra tenha sido realizada com deformidades ou com vícios²³⁸. Por conseguinte, as deformidades consistem em discordâncias com o plano convencionado, como por exemplo uma situação em que se tenha mandado construir uma mesa com três metros de comprimento e foi realizada uma mesa com dois metros²³⁹. Por outra via, os vícios são as imperfeições que excluem ou reduzem o valor da obra ou a sua aptidão para o uso ordinário ou o previsto no contrato²⁴⁰. Desta feita, o conjunto das deformidades e dos vícios designar-se-á por defeitos²⁴¹. Pois bem, numa situação concreta de cumprimento defeituoso, o primeiro direito do comitente é o da eliminação de defeitos²⁴². Sendo assim, por intermédio deste direito de eliminação dos defeitos, pretende-se essencialmente que a obra seja colocada em conformidade com o respectivo contrato²⁴³. Por conseguinte, para uma hipótese em que os defeitos possam ser suprimidos, o nº1 do artigo 1221º CC diz-nos que o dono da obra tem o direito de exigir do empreiteiro a eliminação daqueles²⁴⁴. No entanto, caso não seja possível esta eliminação, o nº1 do artigo 1221º CC determina ainda que o comitente pode exigir uma nova construção²⁴⁵. Além disto, convém ainda que façamos aqui uma distinção para as situações em que a prestação do empreiteiro seja fungível ou infungível. Assim, no

²³⁶ Cf. Artigo 1217º nº2 CC.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 434.

²³⁷ Cf. Artigo 1217º nº2 CC.

²³⁸ Cf. Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 468.

²³⁹ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 468.

²⁴⁰ V. Artigo 1208º CC.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 468.

²⁴¹ Cf. Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 468.

²⁴² Cf. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 539.

²⁴³ Cf. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 539.

²⁴⁴ Cf. Artigo 1221º nº1 CC.

²⁴⁵ Cf. Artigo 1221º nº1 CC.

âmbito da primeira hipótese, e em caso de recusa de reparação de determinado defeito, o comitente deve obter a condenação do empreiteiro na tal prestação, podendo, ao abrigo do disposto no artigo 828º CC, na execução, requerer que a reparação seja feita por outrem e custeada pelo empreiteiro²⁴⁶. Por outra via, sendo a prestação do empreiteiro infungível, o comitente pode, nos termos do artigo 829º A, requerer a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória ao empreiteiro, a vigorar até que este último proceda à reparação dos defeitos²⁴⁷. Contudo, importa que destaquemos um outro ponto. Com efeito, do artigo 1221º CC resulta que deve ser o empreiteiro a reparar os defeitos²⁴⁸. Sendo assim, podemos começar por constatar que não se concede ao comitente a faculdade de proceder à eliminação de defeitos, quer seja por si ou com recurso a terceiros²⁴⁹. Porém, nos termos da acção directa prevista no artigo 336º CC e, portanto, tratando-se de uma necessidade urgente de reparação a que o empreiteiro não tenha atempadamente respondido com a eliminação, acaba por se permitir que o comitente proceda a essa mesma reparação, tendo, neste caso, direito a exigir o respectivo custo ao empreiteiro²⁵⁰. Por fim, em conformidade com o disposto no nº2 do artigo 1221º CC, resta-nos apenas apontar que o direito à eliminação dos defeitos acaba por cessar se as suas respectivas despesas forem desproporcionais em relação ao proveito²⁵¹.

Da possibilidade de compatibilização das normas da empreitada

Neste ponto, começaremos por visitar a argumentação desta tese a respeito do direito de fiscalização. Pois bem, neste âmbito, começa-se por salientar que a autonomia do empreiteiro não só varia consoante a obra em causa como, de igual forma, não pode ser ferida por sujeições a determinadas ordens que possam advir do exercício do direito de fiscalização por parte do dono da obra²⁵². Sendo assim, acaba por se constatar que,

²⁴⁶ Cf. Artigo 828º CC.; Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 540.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, pp. 482-483.

²⁴⁷ Cf. Artigo 829ºA CC.; Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 540.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, 484.

²⁴⁸ V. Artigo 1221º CC.; Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 540.

²⁴⁹ V. Lima, P. e Varela, A. (1997), *op.cit.*, p. 896.; Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 540.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 483.

²⁵⁰ Cf. Artigo 336º CC.; Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 540.; Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 483.

²⁵¹ Cf. Artigo 1221º nº2 CC.

²⁵² Cf. Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 595.

independentemente do grau de fiscalização que seja empregue na obra, o contrato nunca perde a qualificação de empreitada²⁵³. Além disso, admite-se que as partes podem mesmo afastar o direito de fiscalização se for essa a sua vontade. Por outra via, no âmbito do contrato a que esta tese se refere como empreitada intelectual, na falta de estipulação em contrário, deve operar um poder de fiscalização fraco, mediante o qual o comitente possa conferir o cumprimento das condições estabelecidas e o respeito pelas regras da arte²⁵⁴. Isto porque, no âmbito de um contrato deste tipo, a maior autonomia do empreiteiro e o facto de a fiscalização poder vir a perturbar o andamento da empreitada acabam por determinar que esta faculdade seja limitada ou modelada²⁵⁵. Finalmente, resta-nos apenas destacar que este raciocínio admite ainda que a fiscalização abranja o conteúdo da obra intelectual, naquilo que se designaria por poder de fiscalização forte²⁵⁶. Contudo, esta hipótese, estaria dependente de convenção das partes, em virtude da possibilidade de perturbação do normal andamento da empreitada e, além disso, encontrar-se-ia igualmente dependente do objecto contratual da empreitada em causa e dos termos em que a fiscalização fosse possível²⁵⁷.

Já estudámos *supra* o regime da transferência da propriedade de coisa móvel, objecto de uma empreitada. Sendo assim, importa agora que vejamos a forma como este raciocínio aqui em análise acaba por adequar aquele regime às empreitadas intelectuais. Pois bem, neste âmbito, a primeira grande ideia que nos cumpre apontar consiste no facto de se defender que a transferência de propriedade de coisa móvel, objecto de uma empreitada intelectual, ocorre aquando da aceitação da obra por parte do comitente²⁵⁸. Neste sentido, baliza-se o suporte material da obra como objecto da transferência de propriedade²⁵⁹. Porém, vimos *supra* que esta ideia de harmonização faz parte da tese do afastamento do direito de autor. Além disso, observámos igualmente que um dos argumentos desta tese consiste na defesa de que as normas relativas ao direito de autor passam a vigorar assim que a obra intelectual exista. Desta

²⁵³ Cf. *Idem*, *ibidem*, 596.

²⁵⁴ Cf. Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 596.

²⁵⁵ Cf. Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 596-597.; Artigo 1209º nº1 CC.

²⁵⁶ Cf. Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 597.

²⁵⁷ Cf. *Idem*, *ibidem*, 597.

²⁵⁸ Cf. *Idem*, *ibidem*, 599.

²⁵⁹ Cf. *Idem*, *ibidem*, 600.

feita, após se visitarem algumas particularidades do direito de autor a que, aliás, já tivemos oportunidade de nos referir anteriormente, acaba por se concluir que a transferência da propriedade incide apenas sobre os direitos patrimoniais de autor²⁶⁰. Até porque, como estudámos, uma das características dos direitos pessoais de autor é que estes são inalienáveis. Por outro lado, já tínhamos constatado que os direitos patrimoniais são transmissíveis e disponíveis. Dito isto, resta-nos apenas salientar que, neste caso, a harmonização das regras de transferência da propriedade previstas para a empreitada passou igualmente pela adequação dessas regras aos princípios previstos em sede do direito de autor²⁶¹.

Relativamente ao regime das alterações, começamos por salientar que a matéria respeitante às da iniciativa do empreiteiro e às necessárias é, para esta tese, de pacífica harmonização com a empreitada intelectual²⁶². No entanto, convém que destaquemos alguns pontos a respeito das alterações necessárias. Assim, estudámos efectivamente que o facto se estarem em causa direitos de terceiro, é uma das situações em que se torna necessário introduzir alterações ao plano. Desta feita, para o raciocínio aqui em análise, a aplicação desta norma ao tipo de empreitada em estudo, acaba por servir como resposta aos casos em que a obrigação de um resultado intelectual esteja em causa por concurso com direitos de autor de terceiros²⁶³. Por outra via, a circunstância de não se permitir que as alterações necessárias sejam impostas unilateralmente acaba por proteger a intelectualidade do empreiteiro²⁶⁴. Pois, apesar de estas alterações serem necessárias, o empreiteiro pode não desejar que aconteçam²⁶⁵. Neste sentido, observámos igualmente que na falta de acordo das partes compete ao tribunal a determinação das alterações necessárias. Além disso, vimos ainda que há quem defenda que o empreiteiro pode denunciar o contrato se as alterações impostas pelo tribunal implicarem uma modificação da natureza da obra. Ora bem, sucede que, esta tese acaba

²⁶⁰ Cf. Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 600.

²⁶¹ Cf. Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 601.

²⁶² Cf. Idem, *ibidem*, 605 ss.

²⁶³ Cf. Idem, *ibidem*, 606.

²⁶⁴ Cf. Idem, *ibidem*, 606.

²⁶⁵ Cf. Idem, *ibidem*, 606.

por adoptar esta possibilidade de denúncia do empreiteiro, em caso de alteração da natureza da obra, por parte do tribunal²⁶⁶.

No entanto, quanto às alterações exigidas pelo dono da obra já não encontramos esta ideia de adequação de regime²⁶⁷. Com efeito, aquando da nossa abordagem a este tópico, verificámos que se concede ao dono da obra a possibilidade de exigir de forma unilateral que sejam introduzidas alterações à obra. Desta feita, para esta tese, existindo uma grande índole intelectual neste tipo de empreitadas, acaba por não ser adequado que o empreiteiro seja alvo de uma imposição de alterações²⁶⁸. Sendo assim, acaba por se tentar contornar esta regra por intermédio daquilo a que esta tese designa por eficácia reflexa do direito de autor²⁶⁹. Pois bem, neste conceito, defende-se que apesar de o direito de autor só incidir primordialmente aquando da conclusão da obra, nada obsta a que este ordenamento jurídico venha a influenciar o processo causal, ou seja o processo de criação²⁷⁰. Por conseguinte, seria por intermédio da protecção autoral que se viria a limitar a possibilidade de o dono da obra impor alterações unilateralmente²⁷¹.

Por fim, resta-nos apenas visitar o pensamento desta tese a respeito do direito de exigir a eliminação de defeitos. Pois bem, neste ponto, começa-se por afastar a possibilidade de o dono da obra proceder, por si próprio, à reparação dos defeitos²⁷². Já que, admitir o contrário, seria colocar em causa toda estrutura de protecção do direito de autor²⁷³. Por outra via, observámos *supra* a matéria relativa aos casos de recusa do empreiteiro em proceder à eliminação dos defeitos. Por conseguinte, interessando-nos agora o respeitante às prestações infungíveis, vimos que o comitente pode, ao abrigo do disposto no artigo 829ºA, requerer a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória ao empreiteiro, a vigorar até que este último proceda à reparação dos defeitos. No entanto, esta tese, apoiando-se no facto de o nº1 do artigo 829ºA retirar do âmbito da sanção pecuniária compulsória as prestações infungíveis que exijam

²⁶⁶ Cf. Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 607.

²⁶⁷ Cf. *Idem*, *ibidem*, 607 ss.

²⁶⁸ Cf. *Idem*, *ibidem*, 608.

²⁶⁹ Cf. *Idem*, *ibidem*, 608.

²⁷⁰ V. *Idem*, *ibidem*, 587.

²⁷¹ Cf. *Idem*, *ibidem*, 608.

²⁷² Cf. *Idem*, *ibidem*, 611.

²⁷³ Cf. *Idem*, *ibidem*, 611.

qualidades científicas ou artísticas do obrigado, acaba por descartar a aplicação desta regra²⁷⁴. Pelo que, em caso de recusa do empreiteiro vigorará para o dono da obra o direito em ser ressarcido²⁷⁵.

Impossibilidade de harmonização

No sentido de impossibilidade de harmonização de certas normas da empreitada que o tribunal acabou por adoptar, aparece-nos ainda quem defenda que aquelas regras são, efectivamente de difícil compatibilização com a criação de uma obra intelectual²⁷⁶. Pois, na criação deste tipo de obras tem de ser garantida uma maior liberdade ao criador intelectual²⁷⁷. Por outro lado, aponta-se ainda que o regime da empreitada acaba por não responder à questão da atribuição do direito de autor²⁷⁸, ponto este a que já nos referimos *supra*. Além disso, advoga-se ainda que se fosse possível incluir as obras intelectuais no âmbito da empreitada, este tipo de figura contratual acabava por se tornar demasiado ampla, o que provocaria um esgotamento quase completo do regime da prestação de serviço²⁷⁹.

Em idêntica direcção, salienta-se igualmente que o regime da empreitada foi constituído em torno da ideia de construção de coisas corpóreas, particularmente de edifícios²⁸⁰. Pelo que, aquele regime a que já atentámos, nomeadamente o direito de fiscalização e o direito de exigir a eliminação de defeitos, acaba por não se compatibilizar com a realização de coisas incorpóreas, tais como as obras intelectuais²⁸¹. Por outro lado, aponta-se ainda um outro argumento relativo ao regime da transferência da propriedade, previsto, como já vimos, no artigo 1212º CC. Assim, constata-se que o facto de aquele artigo se referir à aceitação da coisa e não da obra²⁸², acaba por demonstrar que a transferência da propriedade diz respeito a bens corpóreos²⁸³.

²⁷⁴ Cf. Pereira, B.J. (Julho de 1994), *op.cit.*, 612.

²⁷⁵ Cf. *Idem*, *ibidem*, 612.

²⁷⁶ V. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, pp. 505-506.;

²⁷⁷ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 506.

²⁷⁸ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 506.

²⁷⁹ Cf. Leitão, L.M. (2018), *op.cit.*, p. 506.

²⁸⁰ Cf. Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 390.

²⁸¹ Cf. Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 390.

²⁸² Cf. Artigo 1212º CC.

²⁸³ Cf. Martinez, P.R. (2017), *op.cit.*, p. 390.

Os nossos comentários

Vimos *supra* que o tribunal admitiu a aplicação analógica das normas da empreitada aos contratos que tenham por objecto a realização de uma obra intelectual. No mesmo sentido, verificámos igualmente que a tese da primazia do direito de autor, apesar de defender a aplicação primária deste complexo normativo, admite igualmente aquela aplicação analógica. Pois bem, perante este problema, julgamos que a sua resolução mais sensata passa por uma averiguação concreta das particularidades de cada caso. Assim, a nosso ver, a aplicação analógica está dependente da possibilidade de adequação de determinado preceito legal da empreitada à índole intelectual da obra que se encontrar em discussão²⁸⁴.

Relativamente à tese da primazia do direito de autor, temos a referir que consideramos importante a protecção dos direitos pessoais de autor, nomeadamente do direito de retirada e do direito de não divulgação da obra. Com efeito, a aplicar-se o regime da empreitada, o direito de desistência apenas vigoraria para o eventual empreiteiro, ficando o criador intelectual desprotegido de qualquer norma que lhe permitisse usufruir daquelas duas faculdades. No entanto, a primazia do direito de autor, no âmbito de um contrato de encomenda de obra intelectual, acaba por conceder ao criador a possibilidade de romper unilateralmente aquele negócio jurídico, contanto que indemnize pelos prejuízos. Ora bem, esta circunstância acaba por desconsiderar um pouco os interesses de quem encomendou uma obra intelectual.

No que respeita à tese do afastamento do direito de autor enquanto regulamentação primária do processo causal, pretendemos começar por destacar o facto de na tentativa de adequação do regime da empreitada à prestação de serviço que conduz à obra intelectual terem sido igualmente incluídos alguns princípios relativos ao direito de autor. Falamos, portanto, daquela ideia de eficácia reflexa do direito de autor a que *supra* já nos referimos. Contudo, a tentativa de harmonização das regras da empreitada com a criação de obras intelectuais acabou, efectivamente, por afastar

²⁸⁴ V. STJ. *Revista* – 492/10.0TBPTL.G2.S1. Relator: Tomé Gomes. Lisboa, 14 de Dezembro de 2016. Obtido em 19 de Junho de 2020, de <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/-/E94B83B1E4A081EE802580890060D46A>.

certos trâmites pertencentes a alguns princípios daquele contrato. Neste sentido, admite-se, por exemplo, o afastamento direto do direito de fiscalização o que, como já vimos, não é do consentimento maioritário da doutrina nacional²⁸⁵.

²⁸⁵ Serve-nos ainda como exemplo o facto de se afastar a possibilidade de requerimento de uma sanção pecuniária compulsória, nos termos do artigo 829ºA, facto este que, como vimos, é referido pela nossa doutrina como um dos meios de reacção do dono da obra contra a recusa do empreiteiro em reparar determinado defeito.

PROGRAMAS INFORMÁTICOS

Numa aproximação a um tema mais actual, pretendemos, por fim, atentar à possibilidade de as normas da empreitada virem a reger um contrato que tenha no seu objecto a realização de um programa informático. Pois bem, o regime de protecção jurídica deste tipo de programas encontra-se previsto no Decreto lei 252/94 de 20 de Outubro que, aliás, transpôs para o nosso ordenamento jurídico a Directiva 91/250 CE do Conselho, de 14 de Maio e cuja versão mais recente corresponde à Lei 92/2019 de 4 de Setembro. Sendo assim, o nº2 do artigo 1º daquele complexo normativo²⁸⁶ determina que aos programas de computador que tiverem carácter criativo é atribuída protecção análoga à conferida às obras literárias. Desta feita, apesar de ser uma questão controversa²⁸⁷, os programas informáticos encontram-se ao abrigo da mesma protecção conferida às obras literárias²⁸⁸.

Retomando ao ponto essencial, na nossa jurisprudência, encontramos algumas divergências em relação à possível aplicação do regime da empreitada aos contratos por intermédio dos quais alguém se obrigue a realizar um programa informático. Assim, com a adopção de um conceito de obra em sentido material, já se considerou que a concepção de um programa informático, enquanto obra intelectual, acaba por estar fora do âmbito da empreitada²⁸⁹. Por conseguinte, mesmo ocorrendo a materialização do programa num suporte físico destinado a ser aplicado em *hardware* para que dele se possa retirar o pretendido proveito, acaba por não ser suficiente para o enquadramento do negócio jurídico no âmbito da empreitada. Desta feita, estando em discussão um contrato de prestação de serviço, tornar-se-iam aplicáveis as disposições do mandato, conforme o estipulado no artigo 1156ºCC.

No entanto, aderindo-se ao mesmo conceito material de obra houve igualmente quem pugnasse pela qualificação de empreitada para o negócio jurídico pelo qual

²⁸⁷ V. Leitão, L.M. *Direito de autor...*, *op.cit.*, pp. 332-333.; Rocha, V.M. (2003), *op.cit.*, 20-22.; Cordeiro, P. (Julho de 1994). A Lei Portuguesa de “software”. *ROA*, II(54), 713-735.

²⁸⁸ Cf. Leitão, L.M. *Direito de autor...*, *op.cit.*, p. 97.

²⁸⁹ V. TRL. (Abril de 2009). Processo 530/06.=TVLSB.L1-1. Obtido em 19 de Junho de 2020, de <http://www.gde.mj.pt/jtrl.NSF/33182fc732316039802565fa00497eec/f388bf72aac3e40e802575b3004b863c?OpenDocument>.

alguém se obrigou a realizar uma aplicação informática destinada a facilitar o acesso e consulta a um determinado site da internet²⁹⁰. Desta feita, o trabalho predominantemente intelectual produzido acabava por se traduzir numa criação intelectual, corporizada na tal aplicação, sendo assim possível implementar esta última no dito site. Nesta situação, o problema respeitante aos erros verificados na aplicação seria visto à luz do regime de cumprimento defeituoso, previsto em sede de empreitada.

Por outra via, com apoio no mesmo conceito corpóreo de obra, já se considerou que o acordo pelo qual certa pessoa se obrigou a realizar e a fornecer a outrem um programa informático não pode integrar em pleno o quadro legal da empreitada²⁹¹. Pois bem, em pleno porque, tal não obstou a que, perante os erros do programa informático, se admitisse a aplicação de uma das normas da empreitada ao caso em apreço, nomeadamente o previsto no artigo 1222º CC. Note-se, contudo que, o contrato em causa, foi qualificado como prestação de serviço atípico.

²⁹⁰ STJ. (Dezembro de 2013). Processo 12865/02.7TVLSB.L1.S1. Obtido em 19 de Junho de 2020, de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d005186648c601cb80257c3d00515e17?OpenDocument>.

²⁹¹TRL. (Julho de 2019). Processo 9584/16.0T8LRS.L1-6. Obtido em 19 de Julho de 2020, de <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/89dde2ca3ff0d75a802584330037b788?OpenDocument>.

CONCLUSÕES

Entramos, agora, no último ponto deste nosso trabalho. Pois bem, aqui, em primeiro lugar, apresentaremos as conclusões que retiramos do estudo realizado. Depois, teceremos algumas considerações a respeito da problemática em debate.

Sendo assim, na esteira nos pontos que tínhamos prometido analisar, resulta para nós enquanto primeira conclusão, o facto de a nossa jurisprudência não abdicar de um conceito de obra em sentido corpóreo. Com efeito, vimos que, mesmo nos casos minoritários em que se optou pela qualificação de empreitada, os nossos tribunais não afastaram a necessidade material da obra, objecto de empreitada. Já que, nestes casos minoritários, considerou-se que a obra intelectual ao se materializar em algo corpóreo, nomeadamente, no chamado *corpus mechanicum*, acaba por preencher uma eventual necessidade física do objecto da empreitada. Por outra via, verificamos igualmente que é maioritária na doutrina nacional, a adopção ao conceito de obra em sentido restrito. Por tal, temos como assente que tanto a doutrina maioritária como a jurisprudência, optam por aderir a um conceito corpóreo de obra.

Relativamente às normas que regem os contratos por intermédio dos quais alguém se obrigue a realizar uma obra intelectual, concluímos que uma parte da doutrina defende a regulamentação primária do direito de autor e só depois de este complexo normativo se mostrar incapaz, então é que as normas da empreitada se poderiam aplicar por via da analogia. Consequentemente, a outra parte, ao defender a inclusão das obras intelectuais no âmbito da empreitada, acaba por pugnar pela aplicação das normas deste contrato, embora com as necessárias adaptações. Por outra via, estudámos ainda que a nossa jurisprudência maioritária opta por qualificar o tipo de contrato em debate como prestação de serviço inominado. Sendo que, por intermédio desta qualificação, os tribunais acabam por aplicar ao negócio jurídico em causa, as regras relativas ao mandato. Contudo, vimos igualmente algumas decisões jurisprudenciais no sentido da aplicação analógica das normas da empreitada.

Perante tudo isto, chegou agora a altura de terminarmos este nosso trabalho com algumas considerações. Pois bem, em primeiro lugar, pretendemos referir que a análise daquelas duas questões que tínhamos levantado tem de passar por um estudo

das várias vertentes envolvidas para que, depois, se consiga formular uma opinião. Com efeito, afirmar de antemão que se defende determinado conceito e que, por tal, os contratos por intermédio dos quais alguém se obrigue a realizar uma obra intelectual podem, ou não podem, receber a qualificação e regulação da empreitada, não nos parece o melhor caminho a seguir.

Dito isto, e na esteira das duas grandes temáticas que tínhamos prometido analisar, concluímos que toda esta problemática é demasiado complexa para que se adoptem posições definitivas. Portanto, somos da opinião que a resolução destes problemas principais passa por uma apreciação das particularidades de cada caso que se encontrar em apreço. Até porque, a adesão a posições definitivas provoca, na realidade, o descartar de alguma regulamentação que pode vir a mostrar-se útil para a resolução de problemas concretos. Porém, se tivéssemos que defender algo, cremos que tal passaria pela ideia que defende um olhar primário aos princípios do direito de autor e só depois de esse complexo normativo se mostrar incapaz, então é que as normas da empreitada se poderiam aplicar por via da analogia. Efectivamente, só aquele olhar primário é que resolve, desde logo, o problema basilar da atribuição do direito de autor. No mesmo sentido, vimos igualmente que a atribuição do direito de autor ao comitente, numa situação concreta de encomenda de obra intelectual, só pode ocorrer mediante os trâmites previstos em sede do direito de autor. Além disso, é de pelo menos ponderar que o criador intelectual, deve ter ao seu dispor a faculdade de simplesmente não divulgar a obra, caso sinta que esta não o representa ou não o reflecte. Pelo que, a total regulamentação do contrato pelas normas da empreitada, apenas concede o direito de desistência ao comitente. Por outra via, porém, ainda no âmbito da nossa hipótese de defesa, em conformidade com o que já havíamos referido, a realização de uma obra corpórea e a realização de uma obra intelectual, em certos casos podem vir a apresentar efectivas afinidades nos quesitos levantados. Pelo que, por vezes, a aplicação das regras do mandato aos contratos por intermédio dos quais alguém se obriga a realizar uma obra intelectual, pode eventualmente não se mostrar muito adequada à situação concreta. Sendo assim, a título exemplificativo, nos casos em que se esteja perante defeitos de um projecto de arquitectura, a aplicação do regime de defeitos da

empreitada, nomeadamente no respeitante aos prazos, pode vir a mostrar-se como uma solução mais apropriada.

Ainda no mesmo âmbito, bem sabemos que a nossa hipótese de defesa provoca a adesão ao conceito restrito de obra. No entanto, perante tudo aquilo que estudámos, parece-nos efectivamente que deve ser esse o sentido a empregar à obra, enquanto objecto da empreitada. Até porque, como vimos, mesmo nos casos minoritários em que se optou pela qualificação de empreitada, os nossos tribunais não afastaram a necessidade material da obra, objecto de empreitada. Além disso, é de notar que esta aceção pode apresentar um problema de fundo, nomeadamente o facto de a obra intelectual se distinguir do suporte material que a fixa e comunica. Pelo que, a ser assim, independentemente do chamado *corpus mechanicum*, a obra continuaria, como tal, a ser uma coisa incorpórea. Desta feita, dentro deste nosso ideal, precisamente por causa deste último ponto, as obras intelectuais encontram-se excluídas do âmbito da empreitada. Todavia, tal não significa, como já apontamos, que as normas daquele negócio jurídico não possam vir a regular um contrato que conduza à sua realização.

Por outra via, quanto ao facto de a nossa jurisprudência optar por qualificar estes contratos como prestação de serviço inominado e, portanto, aplicar-lhes as normas do mandato, temos a afirmar que, por vezes, estas regras podem não ser as mais adequadas para regular a questão em causa. Com efeito, basta pensarmos no exemplo do projecto de arquitectura, em que a aplicação do prazo geral de prescrição de vinte anos pode vir a ser manifestamente excessiva.

Além disto, pretendemos ainda destacar um ponto relativamente ao direito de autor. É que, a aplicação directa das normas da empreitada, pode vir a ferir alguns direitos pessoais do autor, nomeadamente o direito ao inédito e o direito de retirada. Efectivamente, pode acontecer que o criador intelectual pretenda vir a exercer não só o direito em manter a obra inédita, ou o direito em recusar a entrega dele decorrente, como o direito de retirada.

Perante tudo isto que acabamos de mencionar, resta-nos apenas lembrar que, como dissemos, a resolução concreta de toda esta problemática depende efectivamente

de uma não adesão definitiva a uma ideia ou conceito, mas sim de uma ponderação, análise e verificação de todas as particularidades do caso que se encontra em apreço.

Referências bibliográficas

Almeida, C.M. (1994). *História das instituições (aulas práticas)*. Porto: Centro de cópias António Silva Lemos.

Bouzon, E. (2003). *O código de hamurabi: Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. (10ª ed.). Petrópolis: Vozes.

Cordeiro, P. (Julho de 1994). A Lei Portuguesa de “Software”. *ROA*, II(54), 713-735. Recuperado de <https://portal.oa.pt/upl/%7B489fb2e0-115b-4108-8616-2a4ccbc5f977%7D.pdf>.

Costa, M.J. (2010). *História do direito português*. (4ª ed.). Coimbra: Almedina.

Ferreira, M.R. (2015). *Noção de obra no contrato de empreitada: contributos da doutrina e da jurisprudência* (Dissertação de Mestrado, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Felgueiras, Portugal). Recuperado de https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/8157/1/DM_ManuelFerreira_MSOL2015.pdf.

Gralheiro, J.C. O acto médico é uma empreitada?. *ROA*, III/IV(74), 795-893.

Justo, A.S. (2017). *Manual de contratos civis: Vertentes romana e portuguesa*. Lisboa: Petrony.

Justo, A.S. (2018). *Manual de direito privado romano*. (2ª ed.). Lisboa: Petrony.

Leitão, L.M. (2018a). *Direito das obrigações: Contratos em especial*. 12ª ed. (Vol. III). Coimbra: Almedina.

Leitão, L.M. (2018b). *Direito de autor*. (2ª ed.). Coimbra: Almedina.

Machado, B. (1985-1986). Anotação ao acórdão do STJ de 8 de Novembro de 1983. *RLJ*, (118).

Martinez, P.R. (2017a). *Da Cessaçã do contrato*. (3ª ed.). Coimbra: Almedina.

Martinez, P.R. (2017b). *Direito das obrigações (parte especial) contratos: Compra e venda locação empreitada*. (2ª ed.). Coimbra: Almedina.

Correia, A.F., & Mesquita, M.H. (Abril de 1985). Anotação. *ROA*, I(45), 136-137.

Pinto, C.A., Monteiro, A.P., & Pinto, P.M. (2020). *Teoria geral do direito Civil*. (5ª ed.). Coimbra: Gestlegal.

Pereira, B.J. (Julho de 1994). Do conceito de obra no contrato de empreitada. *ROA*, II(54), 570-622.

Pereira, P.M. (2014). *Natureza jurídica do contrato de empreitada: contributo para a mudança de um paradigma* (Dissertação de Mestrado, Universidade Católica, Porto, Portugal). Recuperado de <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16346/1/Tese.pdf>.

Priberam. (2008). *Dicionário priberam da língua portuguesa*. Recuperado de <https://dicionario.priberam.org/>.

Rocha, V.M. (2003). A originalidade como requisito de protecção pelo direito de autor. In *Verbo Jurídico*. Recuperado de <https://www.verbojuridico.net/doutrina/autor/originalidade.html>.

Albuquerque, P., & Raimundo, A.M. (2019). *Direito das obrigações: contratos em especial: contrato de empreitada* (2ª ed. Rev.). Coimbra: Almedina.

Silva, C.J. (Abril de 1987). Anotação. *ROA*, I(47), 129-156.

Supremo Tribunal de Justiça. (Abril de 1985). Empreitada – objecto – produção de filmes resolução do contrato e seus efeitos. *ROA*, I(45), 113-127.

Supremo Tribunal de Justiça. (Julho de 2006). Processo 06A1434. Recuperado de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8200cc9e8efd994e802571af0052be70?OpenDocument>.

Supremo Tribunal de Justiça. (Abril de 2012). Processo 683/1997.L1.S1. Recuperado de

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6c3484e9e2228047802579f2005a7b5f>.

Supremo Tribunal de Justiça. (Novembro de 2013). Processo 4498/04.OTVPR.T.P1.S1. Recuperado de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/56ede1f7cf0065c380257c1b003451bc>.

Supremo Tribunal de Justiça. (Dezembro de 2013). Processo 12865/02.7VLSB.L1.S1. Recuperado de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d005186648c601cb80257c3d00515e17?OpenDocument>.

Supremo Tribunal de Justiça. (Dezembro de 2016). Processo 492/10.OTBPTL.G2.S1. Recuperado de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/E94B83B1E4A081EE802580890060D46A>.

Tribunal da Relação de Lisboa. (Abril de 2006). Processo 530/06.=TVLSB.L1-1. Recuperado de <http://www.gde.mj.pt/jtrl.NSF/33182fc732316039802565fa00497eec/f388bf72aac3e40e802575b3004b863c?OpenDocument>.

Tribunal da Relação de Lisboa. (Julho de 2019). Processo 9584/16.OT8LRS.L1-6. Recuperado de <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/89dde2ca3ff0d75a802584330037b788?OpenDocument>.

Teixeira, B.C. (2014). *Noção de obra no contrato de empreitada: controvérsia?* (Dissertação de Mestrado, Universidade Portucalense, Porto, Portugal). Recuperado de <http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1549/1/TMD%2047.pdf>.

Varela, A. (Abril de 1985). Parecer. *ROA*, I(45), 159-197.

Lima, P., & Varela, A. (1997). *Código civil anotado*. 4ª ed. (Vol. II). Coimbra: Coimbra Editora.

